

السياسة الشرعية

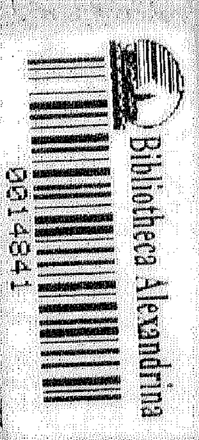
في

الأحوال الشخصية

تأليف

د. عبد الفتاح عمرو

رحمه الله تعالى



دار النفائس

للنشر والتوزيع - الأردن



السياسة الشرعية
في
الأحوال الشخصية

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الاولى

١٤١٨ هـ ــ ١٩٩٨م



دار النفائس
للنشـــر والتـوزيــع

العبدلـي - مقابـل عمـارة جوهـرة القـــدس
ص.ب : ٢١١٥١١ عمان ١١١٢١ الأردن
هاتف : ٤٠ ٣٩ ٦٩ ـ فاكس : ٤١ ٣٩ ٦٩

السياسة الشرعية

في

الأحوال الشخصية

تأليف

د. عبد الفتاح عمرو

رحمه الله تعالى



أصل هذا الكتاب

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه قـدمت استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الدكتوراة في تخصص الفقه وأصوله من كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية.

وقد كانت لجنة المناقشه مكونة من :

أ.د. محمد نعيم ياسين	مشرفاً
أ.د. محمد مصطفى الزحيلي	عضواً
أ.د. ياسين إبراهيم الدرادكه	عضواً
أ.د. محمود مصلح السرطاوي	عضواً

خلاصة البحث

«تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية»

المقصود بالسياسة الشرعية: سلطة تقديرية ممنوحة للحاكم الشرعي، يعمل بها في تدبير شؤون الأمة، باجتهاده أو اجتهاد غيره، بما يحقق مصلحتها. أو هي مجموعة الأوامر والاجراءات الصادرة عن مختص شرعاً، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، على المحكومين، بشروطها المعتبرة.

وقد عرف الفقه الإسلامي السياسة الشرعية مصدراً تبعياً من مصادر التشريع فيما لا نص فيه، ولا أدل على ذلك من استخدام الفقهاء لهذا المصدر، واستنادهم عليه في أحكامهم الفقهية.

يظهر ذلك واضحاً في هذه الرسالة، وخاصة في مواضيع الأحوال الشخصية، وهي المواضيع المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وميراث ونسب وحضانة ونفقة ونحو ذلك.

فقد استند الفقهاء الى مبادئ وقواعد شرعية تعد من أصول السياسة الشرعية ومن مستنداتها الهامة، كالاستحسان، والمصالح المرسلة، ومبدأ سد الذرائع، والعرف، ومبدأ رفع الحرج؛ واعتبار مآلات الأفعال، ومراعاة الخلاف، وغير ذلك من المبادئ العامة، ومقاصد الشريعة.

ومع أن مواضيع الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وردت مفصلة، لأن معظمها مبني على مصلحة ثابتة لا تتغير ولا يريد الشارع تغيرها، إلا أن الفقهاء اجتهدوا في مسائلها وفق أحكام السياسة الشرعية، وعالجوا المستجدات والمشاكل التي واجهت مجتمعاتهم بكل شجاعة وجرأة، معتمدين على فهمهم العميق لروح النص ومقاصد الشريعة، ولم يجمدوا عند النصوص. مما يدل دلالة واضحة على مرونة نصوص الشريعة الإسلامية، وأنها صالحة لكل زمان ومكان، ومما يرشد أيضاً الفقهاء المعاصرين الى ضرورة الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية، في كل مسألة جديدة لم يرد فيها نص من الشارع، ولم يسبق أن

بحثها الفقهاء، فقد سلكوا هذا الطريق الاجتهادي، ليعلموا من يأتي بعدهم من الفقهاء كيفية التصدي لمستجدات العصر بالروح ذاتها، وبمثل النهج السابق، حتى يظل الفقه الاسلامي خالداً وصالحاً للتطبيق ما دامت الشريعة خالدة.

إلا أن مجال السياسة الشرعية محصور في الأحكام التي لم يرد بشأنها نص خاص، أو ورد فيها نص خاص معلل ومبني على مصلحة متغيرة كما فعل عمر في سهم المؤلفة قلوبهم. فقد رأى أن اعطاءهم من الزكاة مبني على مصلحة متغيرة، وهي حاجة الدولة لتأليف قلوبهم، فإذا تغير الحال وأصبحت الدولة الاسلامية قوية فلا يعطوا من الزكاة، لأن النص اعطاهم في حالة دون حالة، حسب رأيه.

ولقد اجتهد جميع الفقهاء تقريباً، وفق أحكام السياسة الشرعية، وظهر ذلك في أدلتهم الفقهية وتعليلاتهم للأحكام، إلا أنهم يختلفون في الاسم الذي يطلقونه عليها، فبعضهم يسميها: سياسة، وبعضهم يطلق عليها اسم: المصلحة والعدل، وآخرون يقولون: استصلاحاً، وغيرهم يسمونها: سد الذريعة أو عملاً بالحكمة، ونحو ذلك مما يدل دلالة واضحة أن الفقهاء استعملوا السياسة الشرعية واستندوا اليها في اجتهادهم في المسائل التي لم يرد النص من الشارع بخصوصها، وأنهم كانوا يتحرون الحق والعدل في التشريع.

كما أنهم يختلفون في التوسع والتضيق بخصوص استعمال السياسة الشرعية، فكان منهم المتوسع في ذلك كالامام مالك ومتأخري الحنابلة، ومنهم المضيق كالامام الشافعي وأحمد بن حنبل. إلا أن المنهج السليم في ذلك هو التوسط والاعتدال، فلا يجوز التفريط في الاستناد الى السياسة الشرعية، لأنه تعطيل للأحكام، كما لا يجوز الافراط، لأنه يؤدي الى الحكم بالهوى والقول بلا دليل معتبر. وكلاهما مذموم شرعاً وعقلاً.

وينبغي أن نعلم أن أحكام السياسة الشرعية ظنية وليست قطعية، كالأحكام المستندة الى نص أو اجماع أو قياس جلي معتبر، كما أنها أحكام متغيرة وغير ثابتة بل لابد من أن تتبدل تبعاً للمصلحة في كل عصر وبيئة، فاذا اختلفت المصلحة أو تخلفت فلا يجوز الاستمرار عمال الحكم السياسي، لأنه يكون عبثاً مع انتفاء المصلحة التي بني عليها وشرع من أجلها. لذلك لا يجوز التوسع

في أحكام السياسة الشرعية بدون موجب أو على سبيل الفرض الفقهي، لأنها وجدت لمعالجة الواقع. والتوسع فيها بما لم يقع مخالف لطبيعتها وحكمة مشروعيتها.

وأخيراً: فقد ظهر من تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية أن المستجدات أو المسائل المعاصرة التي لم يرد بخصوصها نص من الشارع لا حصر لها، وقد عالجتها السياسة الشرعية معالجة كاملة بما يحقق المصلحة للأمة في كل عصر وبيئة، فيجب أن يتصدى الفقهاء المعاصرون لمثل هذه المستجدات، لأن اقفال باب الاجتهاد والجمود على النص مخالف للشريعة الخالدة ومناقض لأحكام السياسة الشرعية، إلا أنني أرى أن الاجتهاد الجماعي في هذا العصر توجبه السياسة الشرعية أكثر من الاجتهاد الفردي، لكثرة فروع العلم والمعرفة، وعدم امكانية الاحاطة بعلوم العصر لفرد من الأفراد. ونظراً لتنوع الاختصاص في شتى مناحي الحياة فان الاجتهاد الجماعي هو الضمان لتحقيق المصلحة التي تقوم على أساسها السياسة الشرعية.



المقدمة

الحمد لله حمد عبدٍ مقر بنعمة مولاه، شاكر لفضله وعطاياه، والصلاة والسلام على من أكرمه الله برسالته وخصه بعظيم مزاياه، وأشهد ان لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، شهادة تنفع صاحبها يوم لقاء الله، وبعد:

فكثيراً ما يلفت انتباه القارئ لكتب الفقهاء قولهم: (يجوز سياسة) فهم مثلاً ينصون على حكم قتل الجاسوس ثم يقولون (ويجوز قتله سياسة)، أو ينصون على عقوبة الزاني غير المحصن فيقولون: أنها الجلد، إلا إذا رأى الحاكم أن يغرّبه أيضاً فله ذلك(سياسة).

وقد استوقفتني مثل هذه العبارات طويلاً إلى أن عرفت ان للسياسة في نظر الفقهاء معنى أصولياً تبنى عليه الأحكام فيما لا نص فيه من الشارع، وأنها خطة تشريعية يستخدمها ولي الأمر لتدبير شؤون الأمة بما يصلحها، وأنها منضبطة لا تخضع لهوى البشر أو رغباتهم الشخصية، فأحببت أن أعرف تطبيقات الفقهاء لهذه السياسة الشرعية في موضوع الأحوال الشخصية بعيداً عن نظام العقوبات، وأرى مدى استخدامهم لهذه الخطة التشريعية عملياً في موضوعات الفقه المتعلقة بنظام الاسرة، اضافة لما لهذا الموضوع من صلة بطبيعة عملي في القضاء الشرعي، فاخترت عنواناً لرسالة الدكتوراة: تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية.

وذلك: لأن موضوع الأحوال الشخصية له أهمية بالغة في حياة المجتمع، فهو يمس كل فرد فيه، والحاجة ملحة للاجتهاد المعاصر في موضوعاته وفق أحكام السياسة الشرعية، لاثبات مرونة أحكام الشريعة الاسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان، واثبات مقدرتها عملياً على التصدي لمشاكل المجتمع المعاصر، فمعرفة تطبيقات الفقهاء لمثل هذه الأحكام واعتمادهم على السياسة الشرعية فيها، ينير الطريق أمام الاجتهاد المعاصر ليفعل مثل ما فعلوا، ويعالج الأمور المستجدة بالروح نفسها التي عالجوا بها مشاكل الأمة في زمانهم، وفقاً لضوابط شرعية معتبرة.

وإذا كان الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية، مزلة أقدام ومضلّة افهام، كما يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله، «وأنها مقام ضنْك ومعترك صعب، فرّط فيه طائفة فعطلوا الحدود وضيقوا الحقوق وجرأوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، وأفرطت طائفة أخرى فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله. وكلا الطائفتين أتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتابه.. »[1]، أقول: إذا كان هذا حال الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية بشكل عام، فان الاجتهاد وفق أحكامها في موضوع الأحوال الشخصية، خطر على خطر وعناء على عناء، لما له من حساسية مفرطة وخصوصية تصل حد القداسة في الحرص عليها. إلا أنه معترك لابد من خوض غماره واقتحام أهواله، وصولاً الى الحق واسهاماً في أداء رسالة العلم.

وقد رأيت أن أقسم البحث الى خمسة فصول رئيسية، وفصل تمهيدي في السياسة الشرعية.

وقد بحثت في الفصل التمهيدي معنى السياسة الشرعية لغة واصطلاحاً، وأوردت تعريفاتها عند فقهاء المذاهب الأربعة وابن خلدون والعلماء المعاصرين، واخترت تعريفاً رأيت انه أقرب الى الصواب، ثم بينت مجالات السياسة الشرعية، والفرق بينها وبين السياسة الوضعية، ومدى حجيتها واعتبارها في الفقه الاسلامي وأدلة ذلك، ورجحت رأي القائلين بأنها حجة في الشرع.

كما بينت المراد بالأحوال الشخصية وموضوعاتها، لأنها المجال الذي سنبحث فيه تطبيقات السياسة الشرعية.

أما الفصل الأول: فقد جعلته في الزواج **وفيه ثلاثة مباحث:**

المبحث الأول: في نكاح السر معناه لغة وشرعاً وصورته والفرق بينه وبين النكاح العرفي، وبينت أقوال العلماء في نكاح السر وأدلتهم ورجحت بطلانه.

والمبحث الثاني: في نكاح الكتابيات والمقصود به وأقوال الفقهاء فيه وأدلتهم مع الترجيح، وذكرت رأي عمر بن الخطاب في ذلك ووجه السياسة الشرعية ومستندها.

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٣.

والمبحث الثالث: في منع الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الخاطبين يزيد على عشرين عاماً، إذا كانت المخطوبة دون سن الثامنة عشرة من عمرها، وبينت صورة هذه المسألة ووجه السياسة الشرعية فيها .

والفصل الثاني: في آثار الزواج وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في المهر والمقصود به لغة واصطلاحاً وحكمه، وقصرت البحث في السياسة الشرعية فيه على ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تحديد المهر سياسة ووجه السياسة فيه.

المسألة الثانية: الأجل المطلق ووجه السياسة فيه.

المسألة الثالثة: مهر السرّ ومهر العلانية، وبينت أقوال الفقهاء في كل مسألة ورجحت ما شهد له الدليل، وبينت وجه السياسة الشرعية في كل مسألة ومستندها.

المبحث الثاني: في الرضاع ومعناه لغة و اصطلاحاً، وبحثت فيه مسألة اجبار الأم على الارضاع ضرورة ووجه السياسة فيه، ومسألة شهادة امرأة واحدة على الرضاع، وذكرت أقوال المذاهب في ذلك ورأي عمر بن الخطاب ووجه السياسة الشرعية .

والمبحث الثالث: في النفقة معناها وأحكامها عند الفقهاء، وذكرت مسائل السياسة الشرعية في النفقة وهي أربع مسائل:

الأولى: عدم استحقاق الزوجة العاملة خارج البيت للنفقة، ومذاهب الفقهاء في ذلك مع الترجيح.

والثانية: نفقة زوجة الغائب وفيها فروع متعلقة بالسياسة الشرعية وهي:

١) جواز سماع البينة على الزوجية في حالة الغياب.

٢) أخذ الكفيل بالنفقة.

٣) تحليف زوجة الغائب اليمين.

والثالثة: النفقة المستعجلة، ووجه السياسة الشرعية العادلة في ذلك.

والرابعة: تعديل النفقة ووجه السياسة الشرعية فيها.

والمبحث الرابع في الحضانة: وقد بينت معنى الحضانة لغة وشرعاً، وبعض أحكامها عند الفقهاء وبحثت مسائل تتعلق بالسياسة الشرعية وهي:

١) انتهاء مدة الحضانة، وأقوال الفقهاء فيها ووجه السياسة الشرعية .

٢) سفر الحاضن مسقط للحضانة، والسياسة الشرعية في ذلك .

٣) نقل الولد من المصر الى القرية.

٤) نقل الولد الى دار الحرب.

٥) العلم بزواج الحاضنة وعدم طلب من يليها للحضانة مسقط حقه من ذلك.

٦) شرط عدم مرض الحاضنة.

وقد ذكرت أقوال الفقهاء في كل ذلك، مع الترجيح ووجه السياسة الشرعية.

والمبحث الخامس: في النسب، وقد عرفته لغة واصطلاحاً وبحثت فيه ست مسائل:

الأولى: أكثر مدة الحمل.

الثانية: امكانية التلاقي.

الثالثة: شرط أن يولد لمثله.

الرابعة: ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهنئة على الولادة.

الخامسة: ثبوت النسب باقرار الورثة.

السادسة: ولادة التوأم، والاقرار لأحدهما دون الآخر، يثبت نسب الاثنين معاً.

وقد ذكرت أقوال الفقهاء في كل ذلك مع الترجيح ووجه السياسة الشرعية.

أما الفصل الثالث: فقد جعلته في الطلاق والعدة وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في الطلاق وتعريفه لغة واصطلاحاً وبيان مشروعية، وقد بحثت فيه المسائل التالية:

الأولى: وقوع الطلاق المكرر في مجلس واحد.

الثانية: طلاق السكران يقع تعزيراً.

الثالثة: طلاق الأخرس مع القدرة على الكتابة لا يقع بالاشارة استحساناً.

الرابع: صيغة (علي الحرام) أو ما شاكلها من الطلاق الكنائي، إذا شاع استعمالها تقع عرفاً في الصريح عند الحنفية.

وقد بيّنت أقوال الفقهاء في كل مسألة ورجحت بالادلة ما رأيت ترجيحه، وبيّنت وجه السياسة الشرعية في كل مسألة .

والمبحث الثاني: في التعويض عن الطلاق التعسفي، وبيّنت المراد به والمقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام، وأدلة ذلك من الفقه الإسلامي، ووجه السياسة في ذلك.

والمبحث الثالث: في العدة، معناها لغة وشرعاً، وقد بحثت في هذا الموضوع المسائل التالية:

أولاً: المعتدة بالحيض إذا انقطع حيضها أثناء العدة.

ثانياً: ثبوت العدة من يوم الاقرار زجراً.

ثالثاً: إذا تزوجت المطلقة بعد انقضاء عدتها دل على الاقرار الضمني بانقضاء العدة.

رابعاً: عدم قبول قول المطلقة بانقضاء عدتها قبل مرور ثلاثة أشهر في القانون، وقد ذكرت أدلة الفقهاء في كل مسألة، ورجحت الرأي المختار ووجه السياسة الشرعية.

أما الفصل الرابع فقد جعلته في التفريق وبحثت فيه المواضيع التالية:

أولاً: تحديد أجل للعنين وتطليق زوجته بعد الأجل.

ثانياً: طلاق زوجة المفقود.

ثالثاً: التفريق بين الزوجين للضرر.

رابعاً: الزام الغائب عن زوجته بالانفاق او الطلاق.

وقد ذكرت أقوال الفقهاء في كل مبحث وأدلتهم مع الترجيح، وبيان وجه

السياسة الشرعية في كل مسألة .

أما الفصل الخامس فقد خصصته للمواريث وبحثت فيه المواضيع التالية:

أولاً: توريث المطلقة بائناً في مرض الموت.

ثانياً: العول.

ثالثاً: الشركة بين الاخوة الاشقاء والاخوة لأم.

رابعاً: المسألة الغراوية.

وقد ذكرت معنى المسألة وصورتها والأمثلة عليها من علم المواريث، وأقوال الفقهاء في كل مسألة مع الترجيح بالادلة، ووجه السياسة الشرعية وموقف.

هذا وقد وضعت خاتمة بيّنت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت اليها.

وقد بذلت قصارى جهدي في تحري الحق، فان أصبت فبتوفيق من الله تعالى، وإن أخطأت فمن نفسي، واستغفر الله أولاً وآخراً، واسأله تعالى أن يعز دينه والعاملين لرفعته، وأن يذل الشرك والمشركين، وأن ينفعنا بما علمنا.

ولا يفوتني أن أتوجه بخالص شكري وتقديري، الى أستاذي الفاضل الاستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين، على ما تحمله معي من عناء في الاشراف على هذه الرسالة، وما قدمه من توجيهات هامة، فجزاه الله عني كل خير، وجعلها في ميزان حسناته إنه سميع مجيب.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

تمهيد
في السياسة الشرعية

السياسة الشرعية في اللغة:

السياسة بالكسر، مصدر ساس الأمر سياسة: إذا قام به[1]، وسوسه القوم إذا جعلوه يسوسهم. قال الجوهري: سست الرعية سياسة، وسوس الرجل أمور الناس إذا ملك أمرهم وروى قوله الحطيئة:

لقد سوست أمر بَنِيكَ حتى تركتهم ادق من الطحين[2] .

وفي الحديث: «كان بنو اسرائيل يسوسهم انبياؤهم[3]»، أي تتولى امورهم كما يفعل الأمراء والولاة بالرعية.

والسياسة ايضا،فعل السائس يقال هو يسوس الدواب إذا قام عليها وراضها.

والسوس الرياسة قال ثعلب:

سادة قادة لكل جميع ساسة للرجال يوم القتال

ومنه ايضا قول حرقة بنت النعمان بن المنذر لسعد بن أبي وقاص أمير القادسية:

فبينا نسوس الناس والأمر امرنا إذا نحن فيهم سوقة تتنصف[4] .

ومن معانيها الأمر والنهي والأدب يُقال فلان مجرب قد ساس وسيس عليه: أدب وأدب[5] .

---

(١) مختار الصحاح: ٣٣١.

(٢) لسان العرب المحيط ٢/٢٣٩.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٠/٣٩٢ .

(٤) معجم الاخطاء الشائعة: ١٢٤.

(٥) القاموس المحيط: ٧١٠.

وجميع هذه المعاني في اصل الوضع اللغوي تدور حول تدبير الأمر واصلاحه أو القيام على الشيء بما يصلحه والقائم بذلك يسمى سائس والجمع ساسة وسواس[1] .

وقد قيل إنها كلمة غير عربية[2]، وللدلالة على خطأ هذا القول نورد نص ابن فارس اضافة إلى ما ذكرناه حيث يقول: "إن السين والواو والسين: اصلان احدهما فساد في الشيء والآخر جبلة وخليقة:

فالأول: مثل ساس الطعام يساس إذا فسد بشيء يقال له سوس.

والثاني: السوس هو الطبع يقال هذا من سوس فلان اي من طبعه[3] .

وفي هذا رد صريح على من قال انها غير عربية، أضافة إلى ما ورد في الحديث الصحيح السابق وفي الاستعمال العربي لكلمة سياسة فهي عربية وفق المعنى الإفرادي الأصلي، وكذلك وفقا للمعنى الاستعمالي الذي استعملته العرب.

أما كلمة "الشرعية" : فهي مؤنث شرعي، وهي المنسوبة إلى الشرع، ولا تكون السياسة منسوبة إلى الشرع إلا إذا كانت نازلة على أحكامه، مقيدة بشروطه، محققه لمقاصده، كما سيمر معنا إن شاء الله مفصلاً في هذا البحث، لأن الشيء لا ينسب إلى أصل إلا إذا كان فرعا منه متصلا بجذوره. أما ما كان من السياسة مصدره الهوى والعرف السائد سواء وافق الشرع أو خالفه، فلا يسمى سياسة شرعية ولكن يسمى سياسة وضعية ولو كان الحكم السياسي يحقق مصلحة كما سيُبيَّن ايضا إن شاء الله تعالى.

معنى السياسة في الاصطلاح:

استعمل علماء العربية كلمة السياسة بمعنى لطف التدبير، حيث ورد (ومن سياسته ﷺ قصة نعيم بن مسعود في غزوة الاحزاب)[4]، اي من لطف تدبيره.

(١) المعجم الوسيط: ١/٤٦٢.

(٢) تاريخ الإسلام السياسي: ٢/٢٢٠.

(٣) معجم مقاييس اللغة العربية: ٣/١١٩، مجمل اللغة: ٢/٧٤٩.

(٤) لطف التدبير: ٧٩، عيون الاخبار: ١/٢٨ .

واستعملها ابن خلدون بمعنى تدبير شؤون الرعية[1]، واستعملت بمعنى الأحكام التي تُساسُ بها الرعية فقد جاء في قوانين الوزارة عبارة (قانون السياسة)[2]، كما سمى ابن قتيبة كتابه (الإمامة والسياسة)[3]، واستعملها فقهاء الفكر السياسي الإسلامي بمعنى الاحكام السلطانية[4] .

وكل هذه استعمالات اصطلاحية ولا مشاحة في الاصطلاح كما يقال.

والذي يهمنا أن نعرفه هو معنى السياسة الشرعية في اصطلاح فقهاء المسلمين.

تعريف السياسة الشرعية عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعلمائها:

اختلف فقهاء المسلمين في تعريف السياسة الشرعية تبعا لاختلافهم في مجالها وموارد تطبيقاتها، فمنهم من رأى أنها خاصة بالحدود والقصاص والتعازير، ومنهم من رأى أنها شاملة لجميع مناحي الحياة، ومنهم من قصرها على افعال ولي الأمر ومن في حكمه فيما يتعلق بتدبير شؤون الرعية واصلاح أمرها كما نظر بعضهم إلى الناحية التطبيقية منها أي المعنى الحركي الذي يقوم به ولي الأمر، ومنهم من نظر إلى الناحية النظرية وانها احكام أو أنظمة ويتضح ذلك فيما نورده من تعريفات.

في الفقه الحنفي:

قال ابن نجيم في البحر الرائق "ولم ار في كلام مشايخنا تعريف السياسة، ثم أتى بالمعنى اللغوي للسياسة نقلاً عن المقريزي في الخطط وعلق عليه بقوله: فهذا أصل وضع السياسة في اللغة ثم رسمت بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأحوال[5]. " إلا أن ابن عابدين علق على قوله هذا

---

(١) مقدمة ابن خلدون: ٣٠٥.

(٢) قوانين الوزارة: ٥٣.

(٣) العواصم من القواصم: ١٩١.

(٤) الاحكام السلطانية والولايات الدينية: ١٢٠.

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/ ٧٥.

بهامش الحواشي المسماة (منحة الخالق على البحر الرائق) بقوله: ان ابن نجيم ذكر في حد الزنا ما نصه: «وظاهر كلامهم هنا أن السياسة فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي»[1].

ثم يقول ابن عابدين في رد المحتار (اشار كلام الفتح إلى أن السياسة لا تختص بالزنا وهو ما عزاه الشارح إلى النهر وفي القهستاني: «السياسة لا تختص بالزنا بل تجوز في كل جناية» ثم قال (اي صاحب الفتح) «فالسياسة استصلاح الخلق بارشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة» وعلق ابن عابدين على هذا التعريف بقوله: «هذا تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية، وتستعمل اخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل كما قالوا في اللوطي والسارق والخنّاق إذا تكرر منهم ذلك حل قتلهم سياسة، ولذا عرفها بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعي حسما لمادة الفساد»[2]، "وقولهم لها حكم شرعي معناه انها داخلة تحت قواعد الشرع ولو لم ينص عليها بخصوصها فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم، ثم نقل ما في حاشية مسكين عن الحموي أن السياسة شرع مغلظ. "هذا كلام ابن عابدين - المرجع السابق - والذي افهمه من هذا القول (لها حكم شرعي) انه منصوص عليها لان تغليظها يقتضي وجودها أولاً ثم تغلظ.

وإنما أوردت هذا لأبين أن ابن عابدين لم يعرف السياسة ولكنه نقل تعاريف بعض الحنفية، إلا أنه حصر أحكام السياسة في باب التعزير، وقال أن التعزير موكول إلى الإمام حينما ختم حديثه عن السياسة بقوله (فقد ظهر لك بهذا أن باب التعزير هو المتكفل لأحكام السياسة الشرعية، وقال بعد ذلك: والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان)[3]..

ويؤيده ما ذهب إليه الكمال بن الهمام فيمن تزوج بامرأة ابيه، أن الرسول ﷺ امر بقتله سياسة وتعزيرا[4].

(١) منحة الخالق على البحر الرائق: ٥/٧٦.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٣/١٤٨.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٣/١٤٨.

(٤) شرح فتح القدير: ٥/٤١.

هذا وقد عرفها الطرابلسي في معين الحكام بأنها (شرع مغلظ)[1].

ويلاحظ على تعريفات الحنفية ما يلي:

١ـ انهم قصروا السياسة الشرعية على الجنايات مع أنها تتسع لتشمل جميع مناحي الحياة مما تدبر به شؤون الأمة الدستورية والاقتصادية والأمنية والمدنية والداخلية والخارجية ولا دليل على حصرها بما يتعلق بالتشريع الجنائي.

٢ـ عرفوها بما يتعلق بالحركة أي حركة ولي الأمر في رعاية شؤون الأمة وتولي الأمر بنفسه فهو ليس تعريفا نظريا باعتبار السياسة احكاما ونظما وقوانين وإنما تطبيقياً فقط، والذي يظهر أن السياسة الشرعية تشمل النظرية والتطبيق، فهي أحكام واجراءات.

٣ـ قولهم تغليظ جناية غير صحيح لأن الذي يغلظ إنما هو العقوبة وليست الجناية التي هي فعل الجاني، وإنما يغلظ فعل الحاكم وهو العقوبة.

٤ـ حصروا أحكام السياسة الشرعية بالحاكم أو من في حكمه كالقاضي والوالي، أي بمن له سلطة عامة وأرى أن هذا هو الصواب، أما ما يصدر عن فقيه فهو فتوى، ومعلوم أن الفتوى هي إخبار عن حكم شرعي لا على سبيل الالزام، فإذا تبناها الحاكم أصبحت حكماً سياسياً ملزماً ودخلت بعد ذلك في أحكام السياسة الشرعية اصطلاحاً.

إلا أن أفضل تعريفات السياسة الشرعية عند الحنفية في نظري هو قول ابن نجيم (فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي) وهذا يدل على أنه وضع يده قريباً من السياسة الشرعية في أدق مفاهيمها.

في الفقه المالكي:

أما ابن فرحون من فقهاء المالكية فقد عرف السياسة الشرعية بأنها الطريقة التي يتوصل فيها إلى الحق، وخص ذلك فيما يفعله الحاكم بقصد الردع والزجر[2]، ويظهر أنه يقصد الحكم بالقرائن التي يتوصل بها إلى الحق لا مجرد

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام: ٢٠٧.

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/ ١٠٥.

البينات أووسائل الإثبات المعروفة، ويتضح ذلك من تقسيمه للأحكام الشرعية إلى خمسة أقسام: فمنها ما شرع لكسر النفس كالعبادات إلى أن قال في القسم الخامس: وهو المقصود شرع للسياسة والزجر، وقسمه إلى ستة أصناف كلها في القصاص والحدود بأنواعها والتعازير أي ما يسمى في الاصطلاح المعاصر بالتشريع الجنائي أو الجنايات، إلى أن أوضح مراده بقوله (والولاية السياسية هي ولاية الكشف عن المظالم)(١).

في الفقه الشافعي:

أما فقهاء الشافعية فإنهم يعبرون عن السياسة الشرعية بالمصلحة ويجعلونها مرادفة لها، وإن لم يسموها سياسة، إلا أنهم يخصون ذلك فيما ترك الشارع تقديره للإمام أو من في حكمه. جاء في مغني المحتاج(٢): (يتعين التغريب إلى حيث يراه الإمام وما تقتضيه المصلحة) وجاء فيه أيضاً: (والمحتسب يمنع من تكسب باللهو ويؤدب عليه الآخذ والمعطي، وظاهره تناول اللهو المباح، نص عليه الشافعي مع أنه ليس بمعصية وإنما فعل للمصلحة)(٣).

وهذا حكم سياسي واضح من تعليلهم، وإن لم يقولوا انه سياسة شرعية ولكنهم عللوه بالمصلحة. فيتضح أنها تعني عندهم ما يجتهد فيه الإمام في سلوك الأصلح.

في الفقه الحنبلي:

وعرفها ابن عقيل من الحنابلة بأنها: ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي(٤).

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ١١٠، انوار البروق في أنواء الفروق: ٢٠٥/١.

(٢) مغني المحتاج: ١٨٣/٤.

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الأنام: ٩٣/١.

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٣.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١ـ انه قصره على الناحية التطبيقية ولم يقيده بالحاكم بل اطلق الفعل، فهو عام يدخل فيه ما ليس منه.

٢ـ انه اطلقه في جميع مسائل الفقه، ولم يقيده بالجنايات كما فعل الحنفية.

أما ابن تيمية فإنه لم يورد تعريفاً خاصاً للسياسة الشرعية، رغم أنه وضع لها كتابا مستقلا سماه (السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية) واطلق على السياسة الشرعية اسم السياسة الالهية. ويمكن أن نستخلص من كتابه المشار إليه تعريفا للسياسة: بأنها قيام ولي الأمر بما يصلح الأمة، وقد أتى بأمثلة تدل على أنه يقصرها على أفعال الحاكم في تعيين الولاة والأموال السلطانية من غنائم وفيء، وفي العقوبات من حدود وتعازير ومحاربة المرتدين والجهاد بشكل عام، ومن قوله بعد ذلك "ان جماع السياسة العادلة هو أداء الأمانات والحكم بالعدل[١]"

إلا أن تلميذه ابن القيم، نقل عنه أمثلة أخرى في الحكم بالسياسة الشرعية، منها الزام المطلقة ثلاثا بكلمة واحدة بالطلاق، ومنع بيع أمهات الأولاد، ووجوب بذل المنافع التي يضطر إليها الناس مجانا في القول الأصح عنده[٢]، مما يدل على أن ابن تيمية يجعل السياسة الشرعية شاملة لجميع مناحي الحياة.

أما ابن القيم نفسه فقد عرف السياسة الشرعية "بأنها الإمارات والعلامات التي يظهر بها عدل الله ورسوله"[٣] وقال: ان تسميتها سياسة امر اصطلاحي. وقد أورد أمثلة[٤]، كثيرة على القول بأحكام السياسة الشرعية عند الأئمة والصحابة تدل على أنه يرى أنها شاملة لكل مناحي الحياة فيما يراه الإمام من الحكم بالمصلحة، ولكنه يظهر واضحاً ان ابن القيم يقصر مفهوم السياسة الشرعية على وسائل إثبات الحق فهي عنده كل طريقة يتوصل بها إلى إظهار الحق والعدل وهو حكم الله ورسوله سواء بالبينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنها

(١) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية: ٩.

(٢) السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية: ١٦، ٩٣، ٢٤٤ .

(٣) اعلام الموقعين: ٤/ ٣٧٤ .

(٤) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٤.

أو الحكم بالقرائن والقيافة ونحو ذلك. وهذا كله من وسائل إثبات الحقوق، والأخذ بها نوع من أنواع السياسة الشرعية في التوصل للأحكام، وهو أحد مجالات السياسة الشرعية وليس جميعها[1].

وأما ابن خلدون فيؤخذ من قوله ان السياسة بشكل عام هي علم الواقع، أما السياسة الشرعية فهي "أحكام المُلك المندرجة في الأحكام الشرعية، والتي يحمل عليها أهل الاجتماع على ما تقتضيه الشريعة الإسلامية)[2]، **ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:**

١ـ إن السياسة الشرعية عنده جزء من الفقه، حيث ذكر أنها مندرجة في الأحكام الشرعية[3]، (الفقه أحكام متلقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة فإذا استخرجت أحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه).

٢ـ إن أحكام السياسة الشرعية خاصة بأحكام الملك أو الأحكام السلطانية المتعلقة بالنواحي الدستورية والمالية العامة والأمن الداخلي والخارجي والقوانين المنظمة للمصالح العامة وهو بذلك يحصرها بأوامر السلطان الشاملة لجميع مناحي الحياة، وهو الصواب.

أما العلماء المعاصرون فقد اتجهوا في جواز العمل بالسياسة الشرعية وتعريفاتها اتجاهات كثيرة، ومن أمثلة القول بالجواز ما ذهب إليه محمد رشيد رضا من جواز العمل سياسة بالقوانين التي يضعها الحاكم لمصلحة الرعية، يظهر ذلك من فتواه بهذا الخصوص، وقد جاء فيها (إن السلطان يطاع فيما يضعه هو أو من يعهد إليه ممن يثق بهم من القوانين التي ليس فيها معصية للخالق لأجل المصلحة لا عملا بالآية)[4][5]، وهذا ليس تعريفاً للسياسة الشرعية وإنما بيان

---

(١) هذا ما ورد في الطرق الحكمية والذي يظهر من الأدلة والأمثلة التي ساقها على اعتبار السياسة الشرعية أنه يريد معناها العام إلا أنه قصرها في هذا الكتاب على مجال طرق الاثبات لأنه كتاب متخصص في القضاء وهو في ذلك مثل ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكام فالصحيح أن المقصود عندهما هو المعنى العام للسياسة الشرعية.

(٢) مقدمة ابن خلدون: ٣٠٣.

(٣) مقدمة ابن خلدون: ٤٤٥.

(٤) المقصود: لعدم وجود النص، لأن المخالفة للنص غير جائزة من الحاكم أو من غيره.

(٥) فتاوى الامام محمد رشيد رضا: ١٠٧٧/٣.

لجواز العمل بأحكامها شرعا حسب رأيه.

وعرفها الشيخ الزلباني إنها علم يبحث فيه عن التصرفات في الشؤون المشتركة بمقتضى الحكمة على وجه لا يخالف ما جاء به الرسول ﷺ وإن لم يقم على كل تصرف دليل جزئي[1].

ويقصد بالشؤون المشتركة، العلاقات العامة سواء كانت بين أفراد الأمة الواحدة أو بين الأمة والأمم الأخرى. **ويلاحظ عليه ما يلي:**

١ـ يظهر من تعريفه أنه يعتبر السياسة الشرعية علما قائما بذاته جريا على عادة العصر في التخصص العلمي الدقيق وهي فرع من علم الفقه ولا مانع من إطلاق العلم عليها كعلم القضاء وعلم الفرائض.

٢ـ كما قصر السياسة الشرعية على الشؤون المشتركة، والذي يظهر عدم تخصيصها بنوع معين من الشؤون، وإنما تخصيصها بالإمام أو من يقوم مقامه في جميع نواحي الحياة.

٣ـ قيدها بكونها (بمقتضى الحكمة) وهو قيد ضروري، لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة[2]، والحكمة هنا هي المصلحة وزيادة، لأنها تشمل تحقيق المصلحة أسلوبا وغاية وليس غاية فقط.

٤ـ قيدها بعدم مخالفة الشرع وهو قيد ضروري ايضا لأن كل اجتهاد يخالف الشرع باطل إلا أنه بين أن عدم ورود النص الخاص لا يعني عدم الجواز الشرعي.

وعرفها عبد الوهاب خلاف بأنها: تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية، وإن لم يتفق وأقوال الأئمة المجتهدين[3].

وعرفها عبد العال عطوة بأنها: فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، وفي الأمور التي من شأنها ألا تبقى على وجه واحد بل

---

(١) مذكرة في مادة السياسة الشرعية: ١٩.

(٢) الأشباه والنظائر: ١٢١ .

(٣) السياسة الشرعية: ١٧.

تتغير وتتبدل تبعاً لتبدل الظروف والأحوال[1].

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

١ـ انه قصر السياسة الشرعية على الحاكم فليس لغيره القول بها.

٢ـ انه قيدها بالمصلحة وهو متجه.

٣ـ انه عرفها بمجالها الدقيق وشروطها وهي عدم ورود النص الخاص وأن تكون من الأمور المتغيرة تبعاً لتبدل الظروف والأحوال، وهو متجه أيضاً.

أما الأستاذ فتحي الدريني فقد عرفها بأنها (تعهد الأمر بما يصلحه)[2]،وهو تعريف مجمل إلا أنه فصله بقوله: أنها أحكام ونظم وقوانين تعالج بها شؤون المسلمين من الناحية الدستورية والمالية والمدنية والأمنية وجميع مناحي الحياة الداخلية والخارجية.

وعرفها الشيخ عبد الرحمن تاج بأنها (الأحكام التي تنظم بها مرافق الدولة وتدبر شؤون الأمة مع مراعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة نازلة على أصولها الكلية محققة أغراضها الاجتماعية ولو لم يدل عليها شيء من النصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب أو السنة)[3].

وهذا هو اقرب التعريفات المعاصرة لمفهوم السياسة الشرعية.

التعريف المختار للسياسة الشرعية:

ويمكن بعد هذا العرض لاقوال الفقهاء، أن نستخلص تعريفاً للسياسة الشرعية بقيودها فنقول:

السياسة الشرعية: هي مجموعة الأوامر والإجراءات الصادرة عن مختص شرعاً، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه على المحكومين بشروطها المعتبرة.

---

(١) أوليات الفاروق السياسية: ٥١.

(٢) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم: ١٩٣.

(٣) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم: ١٩٠.

محترزات التعريف:

الأوامر: هي القوانين والأنظمة، وتدخل فيها النواهي، لأنها أمر بالترك أو الكف، وهذا خاص بالناحية النظرية.

والإجراءات: تتعلق بالحركة، فهي فعل ولي الأمر أو فعل نوابه بتولي آلية التطبيق. وإنما قلنا الأوامر والإجراءات لنبين أن السياسة الشرعية تشمل الناحية النظرية والتطبيقية الحركية، لا كما خصها بعضهم بالنواحي النظرية، أو كما خصها الآخرون بالنواحي التطبيقية فقط.

الصادرة عن مختص: قيد يفيد أن السياسة الشرعية خاصة بولي الأمر أو من يقوم مقامه أما غيرهم من الفقهاء فإنما يكون قولهم بالسياسة الشرعية من باب الفتوى غير الملزمة، إلا إذا تبناها الإمام وأصدر بها أمره فعندئذ تصبح سياسة شرعية.

شرعا: قيد يفيد أن صلاحية إصدار الأحكام بموجب السياسة الشرعية إنما يشترط فيه صحة ولاية ولي الأمر شرعا، أي التي تقر الشريعة الإسلامية ولايته، لتخرج بذلك الأحكام الصادرة عن من لا تقر الشريعة ولايته فلا تجب طاعته فيها ولا تكون الأحكام الصادرة عنه من قبيل أحكام السياسة الشرعية، وإنما هي سياسة وضعية لعدم صدورها عن مختص شرعا.

تطبيق الشريعة الإسلامية: قيد تخرج به الأحكام الصادرة عن ولي الأمر لتحقيق مصلحة الأمة ولا يكون مصدرها الوحي أو الإيمان بسماوية هذه الأحكام والمقصود باحكام السياسة الشرعية إنما هو تطبيق الشريعة الإسلامية في كل زمان ومكان، وإثبات صلاحيتها لذلك، وأنها خاتمة الشرائع.

فيما لا نص فيه: هذا هو المجال الواقعي التطبيقي لأحكام السياسة الشرعية ويدخل فيه استحسان[1] المصلحة والمصالح المرسلة، ومقاصد الشريعة، وسد الذريعة، والعرف الصحيح، واعتبار مآلات الأفعال، وتحقيق المناط الخاص،

---

(١) الاستحسان بمفهوم الحنفية وهو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي لا يدخل في معنى الاستحسان الحقيقي الذي هو استثناء من الأصل والقياس بكل أنواعه الحاق للفرع باصله والاستحسان استثناء وليس الحاقا فافترقا. أما الاستحسان الذي يستند إلى المصلحة فهو داخل في مفهوم المصالح المرسلة فيكون اجتهادا فيما لا نص فيه ولا قياس. الآمدي، الاحكام في أصول الاحكام: ١٥٦/٤، الشاطبي في الموافقات الموافقات: ٢٠٥/٤.

ومراعاة الخلاف[1] وكل ذلك من أصول السياسة الشرعية المعتبرة بشروطها، حيث لا يجوز أن تستند السياسة الشرعية إلى مجرد الهوى أو الرأي العاري عن الدليل، وإنما لا بد من دخولها تحت أحكام الشريعة الإسلامية بوجه معتبر.

وهذا القيد يخرج به الاجتهاد فيما ورد فيه نص خاص غير معلل فلا اجتهاد في مورد النص.

أو ما ورد فيه نص خاص معلل بمصلحة ثابتة لا تتغير فهذا من الأحكام الشرعية الثابتة التي لا مجال للسياسة الشرعية فيها البتة.

على المحكومين: المحكومون بالمعنى الشرعي هم المكلفون[2]. وهذا قيد يشمل الحاكم والقاضي ومن في حكمهم، لأنهم مخاطبون ايضاً بالتكاليف الشرعية كغيرهم من عامة المسلمين، فليس الحاكم في نظر الشريعة الإسلامية فوق القانون كما تراه بعض النظم الدستورية المعاصرة[3]، وإنما هو واحد من أفراد الرعية في تطبيق القانون وإن كان صادراً عنه وهذا المعنى يمثل سيادة الشرع في أوضح صورها لذلك كانت السياسة الشرعية معبرة عن سيادة الشرع في جانبها التطبيقي.

بشروطها المعتبرة: هذا قيد يبين أن السياسة الشرعية لا تكون كذلك إلا إذا تحققت فيها شروطها وهي:

١ـ أن يكون الحكم السياسي متفقاً مع روح الشريعة الإسلامية، معتمداً على

---

(١) مراعاة الخلاف: قاعدة في مذهب المالكية مفادها أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون ايقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزايد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها ومثال ذلك كمايذكره الشيخ عبد الله دراز في شرح الموافقات للشاطبي: استحقاق المرأة المهر وكذا الميراث عند مالك فيما إذا تزوجت بغيرولي. فمالك مع كونه يقول بفساد النكاح بدون ولي يراعي في ذلك الخلاف عندما ينظر فيما ترتب بعد الوقوع، فيقول أن المكلف واقع دليلا على الجملة وإن كان مرجوحا إلا أن التفريغ على البطلان الراجع في نظره يؤدي الى ضرر مفسدة اقوى من مقتضى النهي على ذلك القول. وهذا منه مبني على مراعاة المآل في نظر الشارع.
فالمراد مراعاة الخلاف الواقع بين المجتهدين، وأن للفعل بعد الوقوع حكماً لم يكن له قبله .انظر هامش الموافقات للشاطبي ٢٠٢/٤ شرح الشيخ عبد الله دراز.

(٢) منهاج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول: ١٣٢/١، نهاية السول شرح منهاج الوصول: ١٣٢/١.

(٣) الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية: ١٠٥ .

قواعدها الكلية ومبادئها الأساسية، وهي قواعد محكمة لا تقبل التغير والتبديل، ولا تختلف باختلاف الأمم والعصور كقاعدة رفع الحرج وسد الذرائع ومبدأ الشورى إضافة إلى أصول السياسة الشرعية.

٢ـ ألا تناقض مناقضة حقيقية دليلا من أدلة الشريعة التفصيلية التي تثبت شريعة عامة للناس في جميع الأزمان والأحوال[1].

مجالات السياسة الشرعية:

من جملة ما سبق يظهر أن السياسة الشرعية تشمل نوعين من الأحكام هما:

١ـ أحكام الوقائع التي لا يوجد لها دليل خاص صريح في القرآن أو السنة أو الإجماع، ولا يوجد لها نظير تقاس عليه.

٢ـ الأحكام التي من شأنها ألا تبْقى على وجه واحد، وإنما تختلف باختلاف العصور والأحوال، وتتبدل بتبدل المصالح، وتتغير بتغير الظروف والمجتمعات، وبمعنى آخر الأحكام التي لم تبن على مصلحة ثابتة لا يريد الشارع تغيرها، ومثال ذلك ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه من اجتهاد في سهم المؤلفة قلوبهم[2]، حيث منعهم من السهم الذي كان يعطى لهم زمن رسول الله ﷺ وزمن أبي بكر رضي الله عنه، مع وروده في آية الصدقات: بقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠] فإن صنيع عمر هذا لا يعد مخالفة للنص، ولكنه عمل به، لأنه رأى أن العلة في إعطاء المؤلفة قلوبهم من الزكاة إنما هي اعزاز دين الله، وقد اعز الله دينه في زمنه رضي الله عنه[3]، فلم تعد علة الاعطاء موجودة. ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدما فإذا عادت العلة عاد الحكم وهو إعطاء المؤلفة قلوبهم من الزكاة، وهذا ما يطلق عليه تحقيق المناط الخاص.

وهذا فهم للنص في روحه ومعناه لا في لفظه ومبناه، ولا أدل على صحة هذا الاجتهاد من موافقة الصحابة رضوان الله عليهم لعمر في ذلك.

---

(١) محاضرات في نظم الحكم في الإسلام: ٦.

(٢) المغني: ٦/٤٢٧.

(٣) العواصم من القواصم: ٧.

الفرق بين السياسة الشرعية والسياسة الوضعية:

ذكر سابقاً أن السياسة الشرعية حتى توصف بالشرعية وتصح نسبتها إلى الشرع، لا بد أن تتحقق في أحكامها شروط اعتبارها، وأن تكون مندرجة تحت أصول الشريعة العامة، وقواعدها الكلية، وموافقة لمقاصدها المعتبرة، غير مخالفة لنص أو اجماع أو قياس، ومحققة لمصلحة تقرها الشريعة، وأن تصدر عن ولي أمر مختص لتدبير شؤون المسلمين تحت مظلة سيادة الشرع، فكل حكم تتطلبه حاجة الأمة، وكل نظام يؤخذ به في تصريف شؤونها يكون من السياسة الشرعية متى تحقق فيه ما سبق ولو لم يرد به نص جزئي خاص، وما دامت هذه السياسة مبنية على الإيمان بأن أصولها وحي من الله تعالى.

أما السياسة الوضعية[1]: فهي الأحكام والقوانين التي وضعها الناس لتدبير شؤون الأمة، وكان عمادهم فيها العرف القائم أو العادة السائدة أو التجارب الموروثة من غير أن يراعى فيها ارتباطها بالوحي السماوي، أو اعتمادها على مصادر التشريع الإسلامي وحدها.

وهذه السياسة لا تسمى شرعية، ولو كانت عادلة، أو موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، أو اعتمدت أحكام الشريعة كمصدر من جملة مصادرها المتعددة.

فالذي يميز السياسة الشرعية عن السياسة الوضعية اعتماد الأولى على مصادر التشريع الإسلامي وارتباطها بالوحي، واعتماد الثانية على الأعراف والتجارب الموروثة أو غيرها دون ربطها بمصدر سماوي.

اعتبار أحكام السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي:

لم أطلع في كتب الفقه القديمة على نصوص للفقهاء في اعتبار العمل بالسياسة الشرعية أو عدم اعتباره سوى ما ذكره ابن قيم الجوزية[2]، نقلا عن ابن عقيل من نزاع دار بينه وبين أحد فقهاء الشافعية حول جواز الاجتهاد فيما لا

(١) أصول القوانين: ٤٨ ـ ٦١، محاضرات في نظم الحكم في الإسلام: ٤.
(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٣.

نص فيه، وما ذكره ابن فرحون[1] من أدلة على مشروعية العمل بالسياسة الشرعية من الكتاب والسنة رداً على طائفة منعت ذلك.

إلا أن هذا لا يعني أن الفقهاء لم يبنوا الأحكام الشرعية على السياسة، بل على العكس من ذلك تماما، فقد أشاروا إلى جواز العمل بالسياسة الشرعية في ثنايا تعليلاتهم لجواز بعض الأحكام على خلاف الأصل.

وحتى يحدد مواقف هؤلاء الأئمة من اعتبار العمل بالسياسة الشرعية أو عدم اعتباره، أورد بعض ما ذكروه في كتبهم المعتمدة.

في الفقه الحنفي:

١ـ جاء في فتح القدير "لو اعتاد لص السرقة من تابوت وفيه الميت، للإمام أن يقطعه سياسة لا حدا"[2].

٢ـ وفي الهداية علق على نص المتن (النباش لا يقطع) بأنه محمول على السياسة[3]. وقال صاحب الكفاية قوله محمول على السياسة أي أن للإمام رأيا فيمن اعتاد ذلك[4].

وقال أيضاً فيمن تكررت منه السرقة تعليقا على قوله ﷺ (من سرق فاقطعوه) أن الحنفية حملوا الحديث على السياسة، بدليل ما ورد في الحديث من الأمر بالقتل في المرة الخامسة[5].

وورد في الهداية أيضاً (من أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر) وقد علق صاحب الهداية على قوله ﷺ «اقتلوا الفاعل والمفعول»[6]، بأن أبا حنيفة رضي الله عنه حمل هذا الحديث

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/١٠٥ .

(٢) شرح فتح القدير: ٥/١٣٨.

(٣) الهداية شرح بداية المبتدي: ٥/١٥٤ .

(٤) الكفاية على الهداية شرح بداية المبتدي: ٥/١٣٨ .

(٥) سنن أبي داود: ٢/٢٤٩، نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/٣٧١.

(٦) سنن أبي داود: ٢/٢٥٧، سنن الترمذي: ١/١٨٨، سنن ابن ماجه: ٢/١٨٧، المستدرك على الصحيحين: ٤/٣٥٥.

على السياسة أو المستحل (الذي يراه حلالا) للكفر بذلك.

٣ـ وجاء في البحر الرائق (ولا يجمع بين جلد ورجم ولا بين جلد ونفي لأنه ﷺ لم يجمع بين الجلد والرجم) ثم قال: (قالوا إلا إذا رأى الإمام مصلحة فيعزره على قدر ما يرى، وذلك تعزيراً وسياسة لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه للإمام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم)[1]. وقال في موضع آخر(القتل عند تكرار السرقة إنما هو بطريقة السياسة)[2]. .

ومن هذه النصوص يتضح أن الحنفية يعتبرون أحكام السياسة الشرعية ويأخذون بها.

في الفقه المالكي:

١ـ أفرد ابن فرحون بحثاً خاصاً للحكم بالسياسة الشرعية في كتابه تبصرة الحكام، وعرفها، وضرب الأمثلة العديدة عليها من فقه الصحابة، وبين أدلة مشروعيتها واعتبار الفقهاء لها فقال: الناس في الأخذ بأحكام السياسة الشرعية ثلاثة أقسام:

أولاً: المنكرون: لم يأخذوا بها، لأن العمل بها مناف للقواعد الشرعية. وفي هذا ـ كما يقول ابن فرحون ـ رد لنصوص الشريعة وتغليط للصحابة.

ثانياً: الآخذون بها بإفراط فخرجوا عن قانون الشرع إلى البدع والظلم، وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة. وهو جهل وغلط فاحش.

ثالثاً: المتوسطون: سلكوا مسلك الحق وجمعوا بين السياسة والشرع[3].

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/١١ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٥/٧٥.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/١٠٤.

ثم أورد أمثلة كثيرة للسياسة الشرعية في فقه الإمام مالك رحمه الله تعالى[1].

٢ـ قال الشاطبي في معرض حديثه عن تحقيق المناط الخاص (انه ناشيء عن نتيجة التقوى وقد يعبر عنه بالحكمة وهو مراعاة الأحوال)[2].

وقال في معرض استدلاله على وجوب الاجتهاد: "إن الوقائع لا تنحصر فلا بد من الاجتهاد وإلا بطل التكليف، لأنه لو فرض التكليف مع إمكان ارتفاع الاجتهاد لكان تكليفا بالمحال، وهو غير ممكن شرعا، كما أنه غير ممكن عقلا.

وقال (النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً)[3]، كما أكد صحة الاستدلال بسد الذرائع[4] ومراعاة الخلاف[5] والاستحسان[6]. وهذه كلها أصول السياسة الشرعية، والقائل بها قائل بتلك لا محالة.

٣ـ قال القرافي في الفروق (كل ما قاله الرسول ﷺ أو فعله على سبيل التبليغ كان ذلك حكماً عاماً على الثقلين إلى يوم القيامة وكل ما تصرف فيه بوصف الإمامة لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بأذن الإمام اقتداء به ﷺ، وما تصرف فيه بوصف القضاء لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بحكم حاكم)[7] وهذا تفريق منه بين تصرفات النبي ﷺ بالوحي وتصرفاته بالامامة ولكل حكم مختلف.

٤ـ وورد في الكافي بخصوص ما يجب أن يقضي به القاضي من مصادر التشريع، بعد أن عدد الأصول المتفق عليها (فإن لم يجد، اجتهد رأيه واستخار الله تعالى وأنعم النظر فإن أشكل عليه الأمر شاور من يثق بفقهه ودينه من أهل العلم، ثم نظر إلى أحسن أقاويلهم وأشبهها بالحق فقضى به، فإن رأى خلاف

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/١٢٠.

(٢) الموافقات: ٤/١٠٠.

(٣) الموافقات: ٤/٩٤.

(٤) الموافقات: ٤/١٩٨ .

(٥) الموافقات: ٤/٢٠٢.

(٦) الموافقات: ٤/٢٠٥.

(٧) انوار البروق في أنواء الفروق: ١/٢٠٥.

رأيهم أحسن وأشبه بالحق عنده قضى به][1].

وهذا هو فقه المصالح الذي تبنى عليه أحكام السياسة الشرعية.

٥ـ وجاء في الاعتصام: (ذهب مالك إلى جواز السجن في التهم، وان كان السجن نوعاً من العذاب، ونص أصحابه على جواز الضرب، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع) وعلل جواز ذلك بقوله: (فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم، لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السُّرَّاق والغصاب إذ قد يتعذر اقامة البينة فكانت المصلحة وسيلة إلى التحصيل بالتعيين والاقرار)[2]. فهذه النصوص تدل بوضوح أن المالكية هم حملة لواء السياسة الشرعية بدون منازع وأكثر الفقهاء اخذاً بأحكامها، فقد ألَّفُوا في أحكام السياسة الشرعية، وأفردوا لها أبحاثاً خاصة تتناول تعريفها، وأدلة مشروعيتها وأمثلة تطبيقها من فقه الصحابة، كما رأينا ذلك عند ابن فرحون وفي نظري أن ما أورده الطرابلسي في معين الحكام من أبحاث في السياسة الشرعية ونسبها إلى الحنفية، منقولة حرفياً عن ابن فرحون، كما يتضح ذلك من مقارنة الكتابين، ومن معرفة أصول فقه الحنفية وأصول المالكية، التي تتسع أكثر من غيرهم للأخذ بالسياسة الشرعية، فهم يقولون بجميع أصول السياسة الشرعية التي مر ذكرها خلافا لغيرهم من الفقهاء.

٦ـ وقال ابن رشد: بعد حديث طويل عن زوجة المفقود (وكل هذه الأقوال مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل)[3].

في الفقه الشافعي:

١ـ قال الشافعي: (كل ما نزل بمسلم وفيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة وعليه إذا كان منه بعينه حكم اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد، والاجتهاد: القياس)[4].

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الكافي في فقه أهل المدينة: ٢/٩٥٨ .

(٢) الاعتصام، الشاطبي: ٢/ ١٢٠ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ٥٣.

(٤) الرسالة، للشافعي: ٢/ ٢٠٦.

ويتضح من ذلك: أن الشافعي لا يرى جواز الاجتهاد فيما لا نص فيه إلا بالقياس فقط، وقد عبر عن هذا بقوله: (وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز)[1].

فهو يحصر أصول الأدلة في الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ولا يحل لأحد عنده أن يقول بغير ذلك.

أما فقهاء الشافعية فقد ورد عنهم ما يشعر بخلاف مذهب أمامهم في ذلك ومنه:

٢ـ ذكر العز بن عبد السلام: (انه لو ادعى السوقة على الخليفة، أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه، فإن الشافعي يقبله. وهذا في غاية البعد ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض أصحابه في ذلك، وخلافه متجه، لظهور كذب المدعي)[2]، إذ ليس من العادة أن يعمل الملك بمثل ذلك.

وقال أيضاً: (ومن تتبع مقاصد الشريعة في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها، وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك)[3].

والمقصود بنفس الشرع هنا هو روح التشريع العامة[4].

وهذا دليل على جواز بناء الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها نص على المصالح عندهم، يؤيد هذا قوله بخصوص الوقف (فلما عظمت مصلحته خولفت القواعد في أمره تحصيلا للمصلحة)[5]، . وبناء الأحكام على المصالح هو السياسة الشرعية إلا أنهم يسمونها مصلحة.

٣ ـ وجاء في مغني المحتاج: (المحتسب يمنع من يتكسب باللهو ويؤدب عليه

---

(١) الرسالة، للشافعي: ٢/ ٢٢٠.

(٢) قواعد الاحكام في مصالح الأنام: ٢/ ١٢٥.

(٣) قواعد الاحكام في مصالح الأنام: ٢/ ١٨٩.

(٤) خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم: ١٩٤.

(٥) قواعد الاحكام في مصالح الأنام: ٢/ ١٤٧.

الآخذ والمعطي، وظاهرة تناول اللهو المباح نص عليه الشافعي، مع أنه ليس بمعصية إنما فعل للمصلحة)[1].

٤ ـ وجاء في كفاية الأخيار: (لا يجوز هجر المسلم فوق ثلاث إلا إذا كان في المهاجرة مصلحة دينية)[2].

٥ ـ وجاء في الأحكام السلطانية: (الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍّ او تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية، ولها عند ثبوتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية)[3].

إلى غيرها من النصوص العديدة[4]، التي تثبت أن فقهاء الشافعية يجيزون الأخذ بأحكام السياسة الشرعية ويسمونها المصالح، خلافا لإمامهم الذي لا يقول بذلك.

في فقه الحنابلة:

١ ـ جاء في المغني: (لا يجب الحد على قاذف المجبوب قاله أبو ثور والشافعي وأصحاب الرأي، لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفي العار)[5].

وهذا استثناء للمجبوب من النص العام وهو قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

فالنص بعمومه يدخل فيه المجبوب وغيره، إلا أنهم استثنوا المجبوب لعدم تحقق العلة فيه وهذا من قبيل تحقيق المناط الخاص وهو من أصول السياسة الشرعية.

٢ ـ وجاء في أعلام الموقعين بعد أن أورد مؤلفه نبذة من كلام الإمام أحمد

(١) مغني المحتاج: ١٩٢/٤ .

(٢) كفاية الأخيار: ٤٨/٢.

(٣) الاحكام السلطانية: ٢١٩.

(٤) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢٢٠/٢ و ٢٣٤، كفاية الأخيار: ٨٢/٢ و ١٨١، مغني المحتاج: ١٢٩/٣ .

(٥) المغني: ٨٤/٩.

في السياسة الشرعية، واتى بأمثلة عديدة تدل على أنه يأخذ بها قال: "ومن ذلك قوله بجواز نفي المخنث وتغليظ العقوبة على شارب الخمر في رمضان، وقول الأصحاب إذ رأى الإمام تحريق اللوطي بالنار فله ذلك. ثم قال: ونص احمد على وجوب عقوبة من يطعن بالصحابة"[1].

وغني عن القول أن متأخري الحنابلة كابن عقيل وابن تيمية وابن القيم، من أكثر الفقهاء قولا باعمال أحكام السياسة الشرعية، فلا، موجب للتوسع بذكر أقوالهم.

في الفقه الظاهري:

قال أصحاب الظاهر: (لا يجوز الحكم البتة في شيء من الأشياء كلها إلا بنص كلام الله تعالى أو نص كلام النبي ﷺ أو بما صح عنه من فعل أو اقرار أو اجماع من جميع علماء الأمة كلها، مستيقنين أنه قاله كل واحد منهم، دون مخالف من أحد منهم، أو بدليل من النص أو من الإجماع المذكور الذي لا يحتمل إلا وجها واحداً، والإجماع راجع إلى توقيف من رسول الله ﷺ ولا بد، ولا يجوز غير ذلك اصلا)[2].

وواضح من هذا النص أنهم يرفضون الأخذ بأحكام السياسة الشرعية أو غيرها من مناهج الاجتهاد فيما لا نص فيه؛ لأنهم حصروا الأدلة في النصوص.

ولكن وجد لابن حزم بعض التطبيقات في الفروع الفقهية التي يمكن اعتبارها من السياسة الشرعية ومن ذلك:

قوله في المحلى[3] : (من طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن اخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة قضي عليه بالطلاق وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق)، فعلى ماذا اعتمد ابن حزم في التفريق بين البينة والأقرار، وهما من وسائل الاثبات المعتبرة شرعا؟واين النص الذي يشهد له بذلك، لأن البينة إذا قامت على أنه طلقها وهو غير قاصد للطلاق هي في الحكم كمن أقر

---

(١) اعلام الموقعين: ٤/ ٣٧٧ .

(٢) الاحكام في أصول الاحكام: ٦/ ٥٥.

(٣) المحلى: ٩/ ٢٠٠.

بأنه طلق وهو غير قاصد للطلاق، فبماذا فرق بين المستفتي ومن قامت عليه البينة وهو لا ينكر. ؟

والذي أراه أن الحكم بالبينة التي قامت لدى الحاكم يجب مراعاته صونا للقضاء عن الابطال، وتنظيما لأمور الناس في المجتمع المسلم بتنفيذ أحكام القضاء، ومنع الفوضى فيه بخلاف الفتوى فإنها تتعلق بفرد معين. وهذا من السياسة الشرعية التي تشهد له المصلحة في تنظيم الأحكام في المجتمع. وقال أيضاً في المحلى: (ان المرأة الحامل إذا تيقنت أن حملها ميت وسعت في اسقاطه لكان مباحاً لأنه ميت بلا شك)[1].

وهذا حكم بالقرائن، لأنها لا تعرف موته إلا بالخبرة الطبية أو التجربة الشخصية للمرأة : كعدم الحركة في بطنها، فكيف تتيقن وموته غير ظاهر للعيان؟ بل هو بحكم الظاهر حمل لا يجوز السعي في اسقاطه، وإنما أباح لها ذلك إذا علمت بالقرائن ودلالة التجارب أنه ميت، والحكم بالقرائن والتجارب المحسوسة من السياسة الشرعية، إذ لم يرد نص بخصوص هذه المسألة.

وبعد هذا الاستعراض لأقوال الأئمة من نصوصهم وكتبهم المعتبرة في مذاهبهم، يظهر أن السياسة الشرعية بمفهومها السابق وشروطها المذكورة لا يمنعها أحد من الأئمة المعتبرين، ولكنهم يختلفون في استعمالها بين موسع ومضيّق.

ومن المتوسعين بها المالكية والحنفية ومتأخرو الحنابلة والشافعية ومن المضيقين الشافعي وأحمد بن حنبل وابن حزم الظاهري.

كما يتضح من النصوص الفقهية السابقة، أن المانعين للأخذ بأحكام السياسة الشرعية حصروا أصول الاجتهاد في الكتاب والسنة والإجماع كما هو مذهب الظاهرية، وزاد الآخرون القياس كما هو مذهب الشافعي. أما غيرهم من الفقهاء كالحنفية والمالكية والحنابلة، فقد اتسعت أصول الاجتهاد عندهم فيما لا نص فيه والتي تقوم عليها أحكام السياسة الشرعية، فشملت الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ومقاصد الشريعة وسد الذرائع، وغيرها من الأدلة التبعية التي تشهد لها جزئيات لا حصر لها من فروع الشريعة، فلا غرابة أن يأخذ هؤلاء الفقهاء بأحكام السياسة الشرعية على اختلاف بينهم في التوسع والتضيق. **وأرى**

---

(١) المحلّى: ٣١٧/١٠.

أن ترتيب المذاهب من حيث سعة الأخذ بالسياسة الشرعية هو كما يلي:

١ ـ المالكية وخاصة ابن فرحون والشاطبي والقرافي.

٢ ـ متأخرو الحنابلة وخاصة ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم.

٣ ـ الحنفية وخاصة ابن نجيم.

٤ ـ الشافعية وخاصة العز بن عبد السلام.

٥ ـ ابن حزم الظاهري.

تحرير محل النزاع بين الفقهاء في اعتبار السياسة الشرعية:

الذي أراه أن منع الاجتهاد بالهوى والاجتهاد المعارض لنصوص الشريعة، أمر متفق عليه بين جميع علماء الأمة، ولا يصلح اصلاً محلاً للنزاع بينهم.

أما محل النزاع في اعتبار السياسة الشرعية عند الفقهاء، فهو محصور في اعتماد اصولها الاجتهادية أو عدم اعتماد هذه الأصول. فالمذاهب الفقهية التي تعتمد في أصول اجتهادها على مقاصد الشريعة والمصالح المرسلة وسد الذرائع وغيرها من المناهج الأصولية فيما لا نص فيه، فإنها بطبيعتها تأخذ بأحكام السياسة الشرعية وبدون تردد، أما المذاهب التي لا تعتمد هذه الأصول في اجتهادها فإنها لا ترى جواز اعتبار أحكام السياسة الشرعية، وإن كانت تطبقها في بعض الفروع الفقهية، كما سبق بيانه ولا تسميها سياسة.

أدلة اعتبار السياسة الشرعية عند القائلين بها:

إضافة إلى ما ذكر من تطبيقات السياسة الشرعية في أقوال الفقهاء، فانني أورد أدلة ابن فرحون وابن القيم على جواز العمل بالسياسة الشرعية.

استدلوا بالكتاب والسنة وفعل الصحابة على النحو التالي:

أولاً: الأدلة من الكتاب:

قالوا: (إن الله تعالى شرع الأحكام لحكم، منها ما ادركناه ومنها ما خفي

علينا، رعيا لمصالح العباد ودرءاً لمفاسدهم، تفضلا لا وجوبا. وهذه الأحكام تنقسم إلى خمسة أقسام، والقسم الخامس منها وهو المقصود شرع للسياسة والزجر، وهو ستة أصناف. وعددوا أنواع الحدود والتعازير، وذكروا أدلتها من القرآن الكريم).

ثانياً: الأدلة من السنة:

وقد استدلوا بأحاديث كثيرة، منها: ضرب علي بن أبي طالب رضي الله عنه لبريرة جارية عائشة، لتقر بما عندها في واقعة الافك.

ووجه الاستدلال بالحديث أنه ضرب للتهمة بحضرة النبي ﷺ فأقره وهو سياسة شرعية.

ثالثاً: أما أفعال الصحابة: فقد ذكروا أمثلة عديدة نذكر منها:

١ ـ اجتهاد أبي بكر رضي الله عنه في قتال مانعي الزكاة ولم يرد بذلك نص.

٢ ـ اجتهاد عمر رضي الله عنه بتحريق قصر سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه، لما بلغه أنه احتجب عن الخروج للحكم بين الناس وصار يحكم في داره، والتحريق اتلاف للمال، ولم يرد فيه نص.

٣ ـ أمر عثمان رضي الله عنه بتحريق المصاحف وجمع الأمة على مصحف واحد للمصلحة، وهي الخوف من الاختلاف في القرآن ووافقه الصحابة على ذلك، ولم يفعله الرسول ﷺ ولا أبو بكر ولا عمر رضي الله عنهما.

٤ ـ ما فعله علي بن أبي طالب رضي الله عنه مع المرأة التي اخفت كتاب حاطب بن أبي بلتعه، بأن هددها وأرهبها بما لا يجوز شرعا من كشف سترها حتى أخرجت الكتاب، وهذه الوسيلة في كشف الحق من السياسة الشرعية[1].

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/١٠٥، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٣.

تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية

قبل البحث في تطبيقات السياسة الشرعية، لا بد من بيان المراد بالأحوال الشخصية فأقول:

للإنسان في النظر القانوني المعاصر أحوال تتعلق بأموره المالية، وهي المعاملات من بيع وشراء ورهن ونحو ذلك وتسمى الأحوال العينية، وأحوال اخرى تقابلها لا تعلق لها بالمال ابتداء وإنما تتعلق بذات الانسان مثل كونه ذكرا أو انثى، وزوجا أو مطلقا أو أرملا وكونه اباً أو أما، وكونه كامل الأهلية أو ناقصها أو فاقدها، وتسمى الأحوال الشخصية.

فالمقصود بالأحوال الشخصية: مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية التي رتب القانون عليها اثرا قانونيا في الحياة الاجتماعية.

أو هي الأوضاع التي تكون بين الانسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية[1].

والأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفا عند فقهاء المسلمين بهذا الاسم، وإنما عرفوه بمدلوله، حيث كانوا يطلقون على كل بحث من أبحاثه اسما خاصا فيقولون: كتاب المهر، كتاب النفقات، كتاب الطلاق، كتاب الفرائض، كتاب الوصايا وهكذا.

وما يهمنا في هذا الموضوع هو معرفة مسائل الأحوال الشخصية وموضوعاتها لنتمكن من ايراد التطبيقات المناسبة عليها في أحكام السياسة الشرعية.

وبالتحقيق تبين أن مسائل الأحوال الشخصية ترجع إلى اقسام ثلاثة:

١ ـ أحكام الزواج وطرق انحلاله، وما يترتب عليها من عدة ونفقة ومهر ونسب وحضانة ورضاع ونحو ذلك.

٢ ـ أحكام الأهلية والحجر والوصاية والوصية بأنواعها.

---

(١) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ١/٨٥.

٣ ـ أحكام الأرث وما يتعلق بها من تخارج وتصفية تركة، أي ما يعرف بالفرائض.

وسوف أقصر بحث تطبيقات السياسة الشرعية في هذه الموضوعات من الفقه الإسلامي، والتي عرفت اصطلاحا باسم (الأحوال الشخصية).

الفصل الأول

الزواج

المبحث الأول

نكاح السر

المطلب الأول: نكاح السر لغة واصطلاحاً

النكاح لغة: الضم والجمع، ومنه: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها الى بعض.

ومن معانيه الزواج، يقال: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحا، إذ تزوجها قال الأعشى:

ولا تقربن جارة إنَّ سرها عليك حرام فانكحن أو تأبدا[1]

وأصل النكاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتزوج نكاح، لأنه سبب الوطء المباح، واستعمل بمعنى العقد والوطء جميعاً، وهو حقيقة فيهما، وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وقيل عكس ذلك[2]، لكنهم إذا قالوا نكح فلان فلانة أو بنت فلان أو أخته أرادوا تزوجها وعقد عليها، وإذا قالوا نكح فلان زوجته أو امرأته لم يريدوا إلا الوطء، وقيل للنكاح ألف اسم، وكثرة الأسماء تدل على شرف المسمى.

والسر لغة: هو الكتمان أو الاستكتام، أي طلب الكتم وعدم الإعلان،

(١) لسان العرب المحيط: ٢/٧١٤.

(٢) فتح الباري: ٩/١٠٣ .

فيكون معنى نكاح السر في اللغة: الزواج مع الكتمان وعدم الإعلان للناس.

ومعنى الزواج في الاصطلاح الشرعي: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ انكاح أو تزويج أو ترجمته[1]. أو هو عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصداً[2].

إلى غير ذلك من التعريفات التي تدور حول هذا المعنى.

أما نكاح السر: فقد اختلف الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلافهم في حقيقته، فقد قيل نكاح السر هو أن يكون بلا شهود[3]، وهذا ما ذهب إليه الكرخي من الحنفية حيث قال (إن نكاح السر ما لم يحضره شهود، فإذا حضروا فقد أعلن. واستدل بقول الشاعر:

وسرك ما كان عند امرءٍ وسر الثلاثة غير الخفي[4]

والواقع أن هذا التعريف غير مقصود عند الفقهاء القائلين ببطلان نكاح السر، وإنما أرادوا به معنى آخر يتضح من تعريف فقهاء المالكية حيث قالوا: إن نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه، أو ما أوصي بكتمه[5].

فالشهود حاضرون، ولكنهم مأمورون من قبل الزوج أو أحد أطراف العقد بكتمه وابقائه سراً عن الناس، تدل على ذلك صورة هذا العقد كما وردت في الفقه المالكي.

المطلب الثاني: صورة نكاح السر

قال فقهاء المالكية: إن في نكاح السر طريقتين:

الأولى: طريقة الباجي، وهي استكتام غير الشهود، كما لو تواصى الزوجان والولي على كتمه ولم يوصوا الشهود بذلك، ورجح هذه الطريقة البدر القرافي.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/١٢٣.

(٢) التعريفات: ٢٤٦.

(٣) التعريفات ٢٤٦.

(٤) شرح فتح القدير: ٣/١١١.

(٥) الشرح الصغير: ٢/٣٨٢، الاعتصام: ٣/١٤٤.

والثانية: طريقة ابن عرفه، وهي أن نكاح السر ما أوصي الشهود على كتمه سواء أوصي غيرهم على كتمه أم لا. ولابد أن يكون الموصي هو الزوج انضم اليه غيره كالزوجة ووليها أم لا، وهذا حين العقد، أما لو وقع الايصاء بعده فلا يضره، لأن العقد وقع بوجه صحيح[1] .

ويظهر من ذلك أن نكاح السر يختلف عن النكاح بلا شهود، فهو نكاح بحضور شهود، إلا أنه إذا كان المقصود من حضور الشهود الأعلان عن النكاح واشهاره، فإن هذا القصد في نكاح السر لم يتحقق للتواصي بالكتمان. أما النكاح بلا شهود، فهو خارج عن نطاق هذا البحث.

المطلب الثالث: الفرق بين نكاح السر والنكاح العرفي

وكذلك فإن نكاح السر يختلف عن النكاح العرفي، حيث ان النكاح العرفي هو عقد مستكمل لشروطه الشرعية إلا أنه لم يوثق، أي أنه بدون وثيقة، رسمية كانت أو عرفية. فهو عقد صحيح شرعاً لكنه غير موثق. وعدم التوثيق هذا لا يؤثر مطلقاً على صحته وترتيب آثاره عليه، لأنه ليس من شرائط العقد الشرعية أن يثبت في وثيقة، رسمية أو غير رسمية وإنما التوثيق لدى المأذون، أو الموظف المختص نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية، خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة عند النكران[2] .

أما نكاح السر، فهو مختلف تماماً عن النكاح العرفي، حيث يتفق فيه الزوج مع أطراف العقد وشهوده على الكتمان وعدم البوح به، سواء وثق أو لم يوثق، فموضوع التوثيق أيضا غير وارد في هذا البحث، وبالتالي لا يدخل فيه ما يسمى بالزواج العرفي.

يتضح من ذلك أن محل النزاع في مسألة بطلان نكاح السر تنحصر في النكاح الذي استكمل أركانه وسائر شروطه الشرعية من حيث الصيغة والعاقدان والشهود والولي والمهر، إلا أنه معيب بالكتمان والسرية عن الناس، أو عن بعضهم.

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢/٣٨٢.

(٢) فتاوى شرعية وبحوث اسلامية: ٢/ ٩٥.

المطلب الرابع: أقوال العلماء في نكاح السر وأدلتهم

اتفق جمهور العلماء من الشافعية والحنابلة - في قول عندهم - والحنفية على جواز نكاح السر[1]، وذهب المالكية وأحمد في رواية عنه: إلى بطلانه وروي عن أحمد كراهته فقط[2]. **وقد استدل الجمهور على مذهبهم بما يلي:**

١ - قوله ﷺ: (لا نكاح إلا بولي)[3] . ومفهومه انعقاد النكاح بذلك، وأن لم يوجد الاظهار.

٢ - القياس على البيع، فكلاهما عقد معاوضة، ولا يشترط في عقد البيع الاظهار، فكذلك الزواج لا يشترط فيه الاظهار.

٣ - الأخبار الواردة عنه ﷺ بإعلان النكاح منها قوله ﷺ "أعلنوا النكاح" وفي رواية أظهروا النكاح، وفي لفظ واضربوا عليه بالغربال[4]، يراد بها الاستحباب بدليل أمره ﷺ فيها بضرب الدف والصوت، وليس ذلك بواجب، فكذلك ما عطف عليه.

٤ - سلمنا أن شرط النكاح الاظهار، ولكن المعتبر في الاظهار هو طريقة الظهور شرعاً، وذلك بشهادة الشاهدين فإنه مع شهادتهما لا يبقى سراً[5] .

والحاصل عندهم أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر وهو الإعلان، فكل إشهاد اعلان، ولا ينعكس، كما لو أعلنوا بحضرة صبيان أو عبيد فهذا الإعلان لا يغني عن الإشهاد، لأن حضور أولئك غير معتبر.

هذه أدلة الجمهور على الجملة: واستدل المالكية بما يلي:

١ - روى مالك في الموطأ عن ابن الزبير المكي: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال هذا نكاح السر ولا

(١) المجموع شرح المهذب: ١٤٦/١٦، مغني المحتاج: ١٢٣/٣، روضة الطالبين: ٤٥/٧.

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ١٣٨/٢، الشرح الصغير: ٣٨٢/٢، شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك: ١٤٤/٣.

(٣) فتح الباري: ١٨٤/٩.

(٤) سنن ابن ماجه: ٥٨٦/١.

(٥) شرح فتح القدير: ١١١/٣.

أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت[1] .

وأرى أن هذا الأثر عن عمر رضي الله عنه، لم يتحقق فيه صورة نكاح السر، لعدم استكمال نصاب الشهادة فيه، فلا يكون موضع نزاع، اضافة إلى أنه رأي صحابي، والمخالف لا يقول بحجيته.

٢ ـ القياس على اتخاذ الأخدان المنهي عنه بقوله تعالى: ﴿وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾ [النساء: ٢٥] وتفسيرها[2]، فإن نكاح السر، كما يقول ابن تيمية: مثل الذي يتخذ صديقة، ليس بينهما فرق معروف عند الناس يتميز به عن هذا، فلا يشاء من يزني بامرأة صديقة له إلا قال تزوجتها، ولا يشاء أحد أن يقول لمن تزوج في السر أنه يزني إلا قال ذلك، فلابد أن يكون بين الحلال والحرام فرق مبين[3] .

وخلاصة الأقوال في هذه المسألة: أن الفقهاء على أن النكاح مع الإعلان والإشهاد عليه صحيح، وأن خلا منهما فهو باطل لا نزاع في ذلك بينهم[4]، أما إذا شهد الشاهدان على العقد وتواصوا بالكتمان فهذا هو موضع النزاع الذي أجازه الجمهور، لحصول الاشهاد عليه، وأبطله المالكية.

المطلب الخامس: السياسة في نكاح السر

من استعراض الأقوال السابقة للفقهاء وأدلتهم في المسألة، نجد أنه لم يرد نص خاص من الكتاب أو السنة يبطل نكاح السر أو يصححه، ولا اجماع على ذلك. وعليه فالمسألة واقعة ضمن مجال السياسة الشرعية، وقد اعتبرها المالكية كذلك[5] عملاً بمقاصد الشريعة وبيان ذلك:

---

(١) شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك: ٣/ ١٤٤.

(٢) الجامع لاحكام القرآن: ٥/ ١٤٣.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣٢/ ١٢٦.

(٤) من العلماء من يرى أن الاشهاد ليس شرطاً في صحة عقد الزواج ولكنه مستحب في النكاح الدائم وهو مذهب الشيعة الأمامية وفيه رد للأحاديث الصحيحة فلا يعول عليه، الفقه الإسلامي وأدلته: ٧/ ٧١.

(٥) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/ ١٣٤ .

إن الله تعالى أحل الزواج، قال تعالى ﴿فَانكِحُوا ما طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ...﴾ [النساء: ٣] وحرم الزنا قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ...﴾ [الإسراء: ٣٢]، وجعل الفارق بينهما الاشهار والإعلان قال ﷺ (فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح)[١]، ومن مقاصد الشريعة في النكاح حفظ النسل، وهو لا يتحقق بالكتمان، إذ ربما يموت الشهود ويجحد الزوج فيضيع النسل، وهذا يناقض مقاصد الشريعة في حفظ النسل الذي هو من الضروريات، وهي آكد المقاصد كلها[٢] وكل ما ناقض الشريعة فهو باطل، لذلك أبطل المالكية القول بنكاح السر استناداً الى مقاصد الشريعة هذه.

حتى لو قيل: ان حقوق العاقدين الخاصة كلها وكذلك حق الصغير في النسب، يمكن أن يحفظ بالتوثيق لدى جهة مخولة بذلك فلا تفوت المصلحة، لأن التواصي بالكتمان مع توثيق العقد لا يضيعها، فلو قيل هذا يجاب عليه: بأن حق الشرع باقٍ في التمييز بين الحلال والحرام بالإعلان والإشهاد، وفي التواصي بالكتمان مناقضة لهذا القصد الشرعي، وهذه المناقضة بحد ذاتها باطلة، فيبطل ما أدى إليها وهو نكاح السر.

هذا، ويمكن أن يكون مستند السياسة الشرعية في بطلان نكاح السر هو تحقيق المناط الخاص، ذلك أن العيب لم يرد على العقد من حيث أركانه وشروطه، وإنما من جهة التواطؤ والكتمان. وهو مقصد سيء لا تقره الشريعة، فكان ممنوعاً مآلاً، كما أن كتمان الزواج لا يراد به في الغالب غاية نبيلة فينظر الى مآله، وتشهد له قاعدة اعتبار مآلات الأفعال[٣] ونظرية التعسف في استعمال الحق وهي من باب السياسة الشرعية.

ويكفي في الحكم السياسي أن يستند إلى أصل واحد من أصول السياسة الشرعية، وهو في نكاح السر يستند إلى هذه الأصول كلها، فيترجح بذلك قول المالكية ببطلانه، سياسة.

---

(١) سنن النسائي: ٦/١٢٧.

(٢) الموافقات: ٢/٢١.

(٣) الموافقات: ٤/١٩٤.

المبحث الثاني
نكاح الكتابيات

المطلب الأول: المقصود بنكاح الكتابيات

عرفنا في المبحث الأول معنى الزواج أو النكاح، أما الكتابيات فهن النساء غير المسلمات ممن يعتقدن بكتاب سماوي نزل قبل القرآن الكريم، فالمقصود بنكاح الكتابيات أن يتزوج مسلم بامرأة حرة عفيفة غير مسلمة من أهل الكتاب. وأهل الكتاب هم: أهل التوراة والإنجيل فقط[1]، وأهل التوراة هم اليهود والسامرة، وأهل الانجيل هم النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الإفرنج، والأرمن وغيرهم.

وقد اتفق الفقهاء على أن الكتابية لابد أن تكون يهودية أو نصرانية، واختلفوا في المجوسية، فمنع زواجها المالكية والحنفية، كما اختلفوا في الصابئة، ولا مجال لتفصيل ذلك حيث سأقصر البحث على الكتابية من اليهود والنصارى[2].

هذا ولم يفرق الفقهاء بين الكتابية الحربية والكتابية الذمية، من حيث حل التزوج بهما، ولكنهم فرقوا بينهما من حيث الكراهة، قوة وضعفا، فجعل الشافعية الكتابية الحربية أشد كراهية من الكتابية الذمية، كما كره الحنفية نكاح الكتابية الحربية بالاجماع بين ائمة مذهبهم[3]. وقد روي عن ابن عباس القول بتحريم زواج المحاربات من أهل الكتاب[4]، إلا أن الراجح في نظري هو قول

(١) المغني: ٧/ ١٣٠ .

(٢) اليهودية نسبة الى يهود بن يعقوب والنصرانية نسبة إلى الناصرة وهي قرية بالشام (فلسطين) كان مبدأ دين النصارى فيها. مغني المحتاج: ٣/ ١٨٧.

(٣) شرح فتح القدير: ٣/ ١٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ١٨٧، المغني: ٧/ ١٢٩، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢/ ٤٢٠.

(٤) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٩.

جمهور الفقهاء لعموم النص الوارد في سورة المائدة، قوله تعالى ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]، بهذا الخصوص.

وخلاصة القول: إن المقصود بنكاح الكتابيات هو نكاح المسلم للمرأة الحرة العفيفة من اليهود أو النصارى فقط [جاء في المادة ٣٢ من الأحكام الشرعية وشرحها للأبياني أنه لا يحل نكاح الوثنيات ولا المجوسيات ولا الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب ولا يؤمن بكتاب منزل[١] سواء كانت حربية تعيش في دار الحرب، أو ذمية لها حق المواطنة في دار الإسلام بعهد الإمام وذمته.

المطلب الثاني: أقوال العلماء في حكم نكاح الكتابيات

لم يختلف علماء المسلمين في حكم هذه المسألة سوى من شذَّ من فرق الشيعة، **واليك تفصيل أقوالهم:**

١. اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة الامامية، على حل التزوج بالمرأة الكتابية اليهودية اوالنصرانية[٢]. وقد عبر ابن قدامة رحمه الله عن اتفاقهم هذا بقوله (وليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نكاح حرائر نساء أهل الكتاب قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك)[٣].

وممن، قال بهذا الرأي من الصحابة: عثمان، وطلحة، وابن، عباس، وجابر، وحذيفة بن اليمان ومن التابعين: سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والحسن، ومجاهد، وطاووس، وعكرمة، والشعبي، والضحاك. وفقهاء الأمصار على ذلك[٤].

---

(١) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير١/ ٥٧ .

(٢) المغني: ٧/ ١٢٩، مغني المحتاج: ٣/ ١٨٧، الشرح الصغير: ٢/ ٤٢٠، شرح فتح القدير: ٣/ ١٦٣، شرائع الإسلام: ٢/ ٣٠٣.

(٣) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٧.

(٤) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٧.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

٢. ذهب الهادوية من الشيعة الى تحريم نكاح الكتابيات[1]. وقد جاء في السيل الجرار (ويحرم على المرء أصوله وفصوله ونساؤهم.. إلى أن قال والمخالفة في الملة)[2].

أما أدلة الفريق الأول: فهي قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ [المائدة: ٥].

ولهم في توجيه الاستدلال بهذه الآية طريقان:

الأول: النسخ، وبيانه: أن الله تعالى حرم نكاح المشركات في سورة البقرة بقوله تعالى: ﴿وَلا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، ويدخل فيها الكتابيات، لأن من الشرك القول بأن عيسى ابن الله، اوالعزير ابن الله وقد قال بذلك اليهود والنصارى. ثم نسخ من هذه الجملة نساء أهل الكتاب فأحلهن الله تعالى بقوله في سورة المائدة ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥].

وهذا القول مروي عن ابن عباس، وبه قال مالك بن أنس، وسفيان الثوري، والأوزاعي.

الثاني: التخصيص، وقد رأى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا نسخ، ولكن التعارض الوارد في النصين الكريمين من سورة البقرة والمائدة يرتفع بقولنا أن آية البقرة (ولا تنكحوا المشركات) عامة ولكنها خصصت بآية المائدة ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]، فإن نكاح المشركات المحرم بآية البقرة عام يدخل فيه نكاح الكتابيات، لأنهن يشركن بالله غيره كالمسيح والعزير ولكن جاءت آية المائدة لتخرج الكتابيات من هذا العموم، وتخصه بما عدا الكتابيات، فيكون حكم جميع المشركات تحريم الزواج منهن باستثناء الكتابيات، وبهذا يرتفع التناقض ولا مبرر للقول بالنسخ.

والمهم في هذا هو أنه ثبت أن نكاح الكتابيات مباح وغير محرم، سواء قلنا بالنسخ أو بالتخصيص وفقاً للاتجاهين السابقين.

---

(١) المغني: ٧/١٢٩.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/٢٤٩.

أما الشيعة الهادوية، فقد استدلوا على التحريم بعموم الآية المذكورة في سورة البقرة ولم يأخذوا بنسخ ولا بتخصص، بل لم يلتفتوا إلى قوله تعالى في سورة المائدة ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]. وقد كفانا المحقق الشوكاني رحمه الله مؤنة الرد عليهم حين قال: "ما كان ينبغي للمصنف[(١)]، ومن قال بقوله أن يتركوا ما دل عليه الكتاب العزيز بالخصوص ويتمسكوا بالعام فإن قوله عز وجل ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾، مخصص لعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] على تقدير تحقق الاشراك في اليهود والنصارى، فإن هذا هو حكم الله عز وجل في كتابه العزيز فكيف يبلغ التعصب بصاحبه إلى إهمال الدلائل القرآنية التي هي أوضح من شمس النهار، ولهذا فإن السلف لم يظهر فيهم خلاف في جواز نكاح الكتابيات، ولا أنكر أحد منهم على فاعله"[(٢)].

الترجيح:

مما سبق يتضح بجلاء تام ترجيح القول بإباحة نكاح الكتابيات وهو مذهب عامة العلماء ما خلا الشيعة الهادوية.

والدليل على هذا الترجيح: أن آية البقرة تحرم، وآية المائدة تبيح، وهذا التعارض الظاهري في كتاب الله لابد من رفعه، لأنه لا تناقض ولا تعارض في كلام الله فلا بد من التوفيق، فالقول بالنسخ ثابت بالنقل[(٣)]، ويؤيده أن سورة البقرة هي أول ما نزل بالمدينة، وسورة المائدة هي آخر ما نزل فيها. والمتأخر ينسخ المتقدم، أضف إلى ذلك أن القول بالإباحة مروي عن عدد كبير من الصحابة رضوان الله عليهم ولا مخالف لهم، كما أن بعضهم تزوج فعلاً من الكتابيات، كعثمان بن عفان، وحذيفة بن اليمان، وغيرهم.

إلا أن هذه الإباحة المنقولة عن علماء الأمصار ليست مطلقة، ولكنها مقرونة

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ١/ ١٠.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/ ٢٤٩.

(٣) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٧ .

بالكراهة حيث قالوا: والأولى الا يفعل[1]، وقالوا أيضاً: وكره مالك ذلك[2] وقالوا: مستقبح مذموم[3]، أي نكاح الكتابيات، وقد عللوا الكراهة بأسباب منها خوف الفتنة، لذلك تراهم يشددون في كراهة نكاح الحربية أكثر من الذمية ومنها، أن المرأة الكتابية تتغذى بالخمر والخنزير وتغذي ولدها به، وزوجها يقبلها ويضاجعها، وليس له منعها من ذلك التغذي ولو تضرر برائحته، ولا من الذهاب للكنيسة وقد تموت وهي حامل وتدفن في مقبرة الكفار. وربما ربت ولدها على دينها الى غير هذه التعليلات الكثيرة والتي يظهر من خلالها تخوف الفقهاء من مخاطر الزواج بالكتابيات، خاصة إذا صاحب ذلك ترك الزواج من المسلمات وما سيؤدي إليه من الفتنة وكسر قلوبهن بترك التزوج منهن، والإقبال على الكتابيات. مع أنهم ذكروا أن الحكمة من مشروعية إباحة التزوج بالكتابيات في الأصل، هي ما يرجي من ميلها إلى دين زوجها المسلم فتقبل على الدخول فيه والخلاص من الشرك، لأن الغالب على النساء الميل إلى أزواجهن وايثارهم على الآباء والأمهات. إلى آخر ما قالوه في هذا الموضوع [4].

المطلب الثالث: رأي عمر بن الخطاب في هذا النكاح

روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه روايتان مختلفتان توضحان وجهة نظره في هذا النكاح، رغم ورود النص الخاص في سورة المائدة.

الرواية الأولى: أنه فرق بين طلحة بن عبيد الله وحذيفة بن اليمان وبين كتابيتين وقالا: نطلق يا أمير المؤمنين ولا تغضب فقال: لو جاز طلاقكما لجاز نكاحكما، ولكن أفرق بينكما: صغرة وقماة[5].

وهذه الرواية إذا ثبت سندها [6] تدل على أن عمر بن الخطاب لا يرى

---

(١) شرح فتح القدير: ٣/ ١٣٦.

(٢) الشرح الصغير: ٢/ ٢٣٣.

(٣) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٧.

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ١٨٧.

(٥) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٧، تفسير آيات الأحكام: ١/ ١٢٨.

(٦) قال ابن عطية هذا لا يستند جيداً، تفسير آيات الأحكام: ٣/ ٦٧.

صحة هذا النكاح ابتداء، وهو مخالف للمنقول عن الصحابة، ولما فعله الصحابة كما ذكر سابقاً.

ويستدل على بطلان النكاح من هذه الرواية بأنه رضي الله عنه لم يقبل منهما أن يطلقا، وقال أن طلاقهما غير جائز، لأن نكاحهما غير جائز، ومعلوم أن الطلاق لا يلحق إلا النكاح الصحيح، فلما كان يعتقد أن نكاح الكتابيات غير صحيح، لم يقبل منهما الطلاق وأشار إلى أنه سيفرق بينهما بصفته حاكماً، فالذي يفسخ العقد غير الصحيح هو الحاكم إذا رفع الأمر إليه.

وهذا الاتجاه الوارد في هذه الرواية، أستبعده عن عمر، لما ثبت عنه في الرواية الأخرى وهي:

الرواية الثانية: أنه رضي الله عنه، قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب: طلقوهن، فطلقوهن إلا حذيفة، فقال له عمر طلقها، قال: أتشهد أنها حرام؟ قال هي خمرة، طلقها، قال: تشهد أنها حرام ؟ قال هي خمرة، قال: قد علمت أنها خمرة، ولكنها لي حلال، فلما كان بعدُ طلقها، فقيل له: ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال: كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا يحل لي"[1].

وفي رواية أخرى قال عمر: لا أزعم أنها حرام، ولكنني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن[2].

وفي رواية قال عمر: إن في نساء الأعاجم خلابة وخداعاً، وأني لأخشى عليكم منهن[3].

وهذه الروايات مجتمعة يقوي بعضها بعضاً تختلف كثيراً عن الرواية الأولى المنفردة في معناها والتي لم تشهد لها أية رواية أخرى، أما الروايات المتعددة المنقولة عن عمر، فهي تدل على أنه يرى صحة نكاح الكتابيات، ولكن نهيه عن ذلك جاء لأمر آخر وراء النص، ولا يظن بعمر رضي الله عنه أنه غفل عن آية

---

(١) المغني: ٧/ ١٣٠.

(٢) الجامع لاحكام القرآن: ٣/ ٦٩.

(٣) تاريخ الطبري: ٦/ ١٤٧.

المائدة، وهو افقه من أن يجهلها، فما هي وجهة نظره السياسية في هذا الاجتهاد وقد ثبت عنه في الروايات السابقة أنه منع نكاح الكتابيات وأمر من تزوجوا من رعيته وولاته بالطلاق؟؟!.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في فعل عمر ومستندها

روي عن عمر في هذه المسألة روايتان.

أما على الرواية الأولى التي يرى فيها عدم صحة نكاح الكتابيات ابتداء، ولذلك لم يقبل من الأزواج الطلاق، وإنما صرح بأنه سيفرق بينهما، وقد أشعر بعدم رضاه عن هذا النكاح وغضبه على فاعليه عندما علل حكمه بالتفريق بينهما. بأنه (صغرة وقماة) [1]؛ اعزازا لدينه، وإذلالا للمشركين. وهذه الرواية على هذا الوجه إن صحت نسبتها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فليست حكماً سياسياً، وإنما هي تطبيق للنص في اجتهاد رآه عمر وهو تحريم نكاح الكتابيات كما حرم نكاح المشركات عموماً في آية البقرة، وأنه لم ير أي فرق بين المشركة والكتابية. يؤيد هذا الفهم ما روي عن ابنه عبد الله بن عمر أنه كان يقول إذا سئل عن نكاح النصرانية أو اليهودية: حرم الله المشركات على المؤمنين ولا أعرف شيئاً من الاشراك أعظم من أن تقول المرأة ربها عيسى أو عبد من عباد الله" [2] .

وعلى هذا الفهم تكون الكتابية مشركة كسائر المشركين، ونكاحها محرم، فلا سياسة في المسألة وإنما هي تطبيق للنص من قبل حاكم المسلمين عمر بن الخطاب الذي جاء عامّاً في آية البقرة بتحريم نكاح المشركات يؤيده قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠].

أما على الروايات الأخرى:

فأرى أن اجتهاد عمر في ذلك يحتمل وجهين من وجوه السياسة الشرعية:

---

(١) قماة: ذل وصغر لسان العرب المحيط: ٣/١٥٩.

(٢) الجامع لاحكام القرآن: ٣/٦٧.

الوجه الأول: أنه رأى أن حكم إباحة الزواج من الكتابيات الوارد في النص القرآني مبني على مصلحة متغيرة وهي ازالة ما يعمر قلوب الكتابيات من كراهية للاسلام ووحشة منه، وذلك بعيشها في ظل رجل مسلم يكرمها وفق أخلاق الاسلام في التسامح مع أهل الديانات الأخرى، رجاء أن تدخل في الإسلام فإذا تغيرت هذه المصلحة وأصبح الزواج من الكتابيات في بعض الظروف يؤدي إلى نقيض هذه الحكمة بالنسبة للمجتمع الاسلامي، بأن يصبح التزوج بالأجنبية في غالب الأمر من أجل أن يتخلق الزوج بأخلاقها ويقلدها في كفرها، فإن هذا الزواج يمنع لمناقضة قصد الشارع مآلاً، ويشهد لذلك مبدأ سد الذرائع واعتبار النظر في مآلات الأفعال الواقعة أو المتوقعة لأن المتوقع كالواقع، لذلك قالوا "إن هذا الحكم الذي قضى به عمر رضي الله عنه هو الفقه العميق لمقصد الشارع من تشريع الحق وذلك بادارة الأذن والمنع في الفعل على ضوء من مآله إلى موافقة قصد الشارع أو مناقضته"[1].

فيكون مستند عمر في هذا النكاح بشكل عام، هو سد الذرائع ان وجد في المجتمع ما يدعو لذلك سواء مفسدة التخلق بأخلاق الكتابيات المخالفة لأخلاق الإسلام، أو ترك نكاح المسلمات والاقبال على الكتابيات لجمالهن وما الى ذلك، فإذا وجد أي ظرف من هذه الظروف التي تؤدي إلى مفسدة في المجتمع المسلم، منع نكاح الكتابيات درءاً للمفسدة أو سداً للذريعة، حتى إذا انتهى هذا الظرف الخاص عاد الحكم إلى أصل الإباحة. ويؤيد ذلك ما ورد في تاريخ الطبري أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الظروف على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات وزالت تلك الضرورة فبعث عمر رضي الله عنه الى حذيفة بن اليمان يأمره بطلاق من تزوجها من أهل الكتاب[2].

والوجه الثاني: أنه رضي الله عنه، منع بعض قادته العسكريين وولاته من هذا الزواج، لما فيه من خطورة على الدولة من الناحية السياسية، حيث أن

---

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق: ١٦٨.

(٢) تاريخ الطبري: ١٤٧/٦.

أصحاب المراكز القيادية في المسلمين من ولاة وقادة جُند يطلعون على أسرار الدولة بحكم مناصبهم وبيدهم مقاليد أمور الناس، فإذا تزوج هؤلاء بالأجنبيات من غير المسلمات الموثوقات كان بمقدورهن الاطلاع على هذه الأسرار التي قد تضر بمصلحة الأمة، فكان من قبيل تحقيق المناط الخاص أن يمنع من لهم مثل هذه الصفة السياسية الهامة من أصحاب المراكز العليا في الدولة من التزوج بالأجنبيات، فمن تحقق فيه هذا المناط الخاص يمنع، ويبقى حكم الإباحة لسائر المسلمين وعندئذ يكون هذا المنع لنفر خاص دون عامة الناس من السياسة الشرعية التي تستند في ذلك الى أصل هام، هو تحقيق المناط الخاص الذي يفهم من تعليل عمر رضي الله عنه لهذا المنع في بعض الروايات حيث يقول «إن في نساء الأعاجم خلابة وخداعاً وإني لأخشى عليكم منهن»[1].

---

(١) تاريخ الطبري: ١٤٧/٦.

المبحث الثالث

منع الزواج مع وجود تفاوت في السن بين الخاطبين يزيد على عشرين عاماً سياسة

المطلب الأول: صورة المسألة وحكمها فقها

قد يرغب رجل ممن توفرت فيه شروط أهلية الزواج كاملة، في اجراء عقد نكاحه على امرأة توفرت فيها أيضاً كامل شروط الأهلية، إلا أنه يوجد فارق في السن بين عمر هذا الرجل الراغب في إجراء عقد الزواج وعمر تلك المرأة، كأن يكون الرجل قد بلغ الخمسين من عمره مثلاً والمرأة في سن الثلاثين أو دون ذلك، والفارق بين عمره وعمرها يتجاوز عشرين عاماً، أو قد يكون الرجل في السبعين وهي لم تبلغ الأربعين، وتزداد صورة المسألة وضوحاً إذا كانت المرأة لم تكمل سن الثامنة عشرة من عمرها، والرجل قد تجاوز السبعين أو الستين من عمره.

وفي هذه الحالة قد يؤدي هذا التفاوت الكبير في السن بينهما الى عدم استقرار الحياة الزوجية كما أراد الله تعالى لها أن تكون، وقد يعجز الزوج مع هذه السن المتقدمة عن القيام بالتزامات الزوجية نحوها، فيؤدي ذلك بالمرأة الى النشوز عن طاعته ومخالفته وتعكير صفو الحياة عليه، أو ربما أدى الى الانحراف عن جادة الصواب، سعياً من المرأة لاشباع حاجاتها الضرورية خاصة إذا فسد الزمان وضعف الوازع الديني وتهيأت أسباب الفتنة والانحراف.

وكلما زاد هذا التفاوت في السن بين الزوجين ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام.

وقد تكون هذه المسألة في زمن من الأزمان أو بيئة من البيئات، غير ذات بال إذا لم تظهر معها هذه المفاسد أو لم توجد مثل هذه المخاطر، لذلك لم

يبحثها الفقهاء الأقدمون ربما لعدم الحاجة الى بحثها في زمانهم، ولعدم ظهور خطرها في بيئتهم.

ولم يرد في كتبهم حكم فقهي يمنع من الزواج في مثل هذه الحالة، فلم يجعلوا عدم التفاوت في السن من شروط انعقاد العقد ولا من شروط صحته ولا من شروط نفاذه أو لزومه[1]، حتى أن الفقهاء الذين اشترطوا الكفاءة في الزواج خلافاً لمن لم يشترطوها[2]، لم يجعلوا التفاوت في السن أيضاً من شروط الكفاءة المطلوبة لصحة عقد الزواج فبعضهم اعتبر الكفاءة في الدين والسلامة من العيوب[3]، وبعضهم زاد النسب والحرية[4]، ومنهم من زاد المال والحرفة[5]، إلا أن أحداً منهم وحسب اطلاعي لم يجعل عدم التفاوت في السن بين الخاطبين من شروط الكفاءة في مذهبه، ولم يرد نص من الشارع يعتبر ذلك، مما يدل على أن حكم هذه المسألة باقٍ على الاباحة الأصلية والجواز الشرعي، بمعنى أن الرجل والمرأة متى توفرت فيهما شروط أهلية الزواج وانتفت الموانع الشرعية صح زواجهما شرعاً، وترتبت سائر أحكامه، ولا قائل من الفقهاء بمنع الزواج مع وجود التفاوت في السن بين الخاطبين، كما أنه لا يوجد نص شرعي من كتاب أو سنة أو اجماع يمنع ذلك.

فحكم الزواج مع تفاوت السن بين الخاطبين هو الإباحة شرعاً، وهو عقد صحيح بالمنظور الفقهي.

---

(١) الأحوال الشخصية فقهاً وقضاء: ٣٩.

(٢) من الفقهاء الذين لم يشترطوا الكفاءة في الزواج سفيان الثوري وأبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي المشهور بالجصاص من الحنفية، وانظر شرح فتح القدير: ٣/ ١٨٧.

(٣) الشرح الصغير: ٣/ ٤٠٠.

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ١٦٥.

(٥) شرح فتح القدير: ٣/ ١٩٢.

المطلب الثاني

موقف قانون حقوق العائلة قانون حقوق العائلة الأردني

رقم ٩٢ لـ ١٩٥١ نشر في الجريدة الرسمية العدد رقم ١٠٨١ الصادر في ١٦/٨/ ١٩٥١

وقانون الأحوال الشخصية من هذه المسألة

جعل قانون حقوق العائلة موضوع التفاوت في السن بين الخاطبين من مواضيع الكفاءة في الزواج فقد نصت المادة السادسة منه على ما يلي:

"لا يجيز القاضي أو نائبه نكاحاً فيه تفاوت في السن يتجاوز العشرين عاماً قبل أن يتأكد من رضاء الأصغر سناً، و أنه قابل بذلك دون اجبار أو اكراه، وأن مصلحته متحققة في ذلك".

ويلاحظ على هذا النص القانوني ما يلي:

١ ـ إن التعبير بكلمة لا يجيز القاضي يفهم منه عدم جواز النكاح، كما يفهم منه أيضاً أنه إذا وقع يجب إبطاله وفسخه، لأن عدم الجواز ينافي الصحة، والعقد غير الصحيح سواء كان باطلاً أو فاسداً يجب فسخه، كما نصت على ذلك المادة ٣٩ من القانون نفسه والتي جاء فيها: بقاء الزوجين على النكاح الباطل والفاسد ممنوع فإذا لم يفترقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي".

والواقع أنه عقد جائز شرعاً، كما تبين ذلك من أقوال الفقهاء التي مر ذكرها. وان قانون الأحوال الشخصية الذي جاء بعد هذا القانون كان موفقاً أكثر منه حين عبّر بمنع اجراء العقد في هذه الحالة كما جاء ذلك في المادة السابعة نصت المادة السابعةعلى ما يلي:

"يمنع اجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا بعد أن يتحقق القاضي رضاءها واختيارها وأن مصلحتها متوفرة في ذلك" لأن منع اجراء العقد من السياسة الشرعية، ويبقى حكم الجواز الشرعي قائماً، فلو عقد الزواج مع وجود هذا المانع القانوني لا

الشرعي، يكون العقد صحيحاً شرعاً وقانوناً، وتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية، وإنما يعاقب من أجراه أو كان طرفاً فيه بالعقوبة المنصوص عليها في القانون، وهذا أولى بالتطبيق من ابطال الأحكام الشرعية، لان أحكام السياسة الشرعية، لا تقوى على ابطال الأحكام الشرعية وإنما تحدد وسائلها، وتنظم اجراءاتها التطبيقية، ولا تجعل ما هو جائز شرعاً غير جائز، إنما تمنع المباح سداً للذريعة أو تحقيقاً لمصلحة حقيقية، لذلك فإنني أرى أن نص القانون الحالي على منع اجراء العقد أولى من النص على عدم الجواز.

٢ ـ إن التعبير بتفاوت السن جاء مطلقاً، وهذا يشمل ما إذا كانت المخطوبة دون الثامنة عشرة من العمر أو فوق ذلك.

والواقع أن الخطر من تفاوت السن بين الخاطبين، لا يظهر بين امرأة عمرها خمسون عاماً مثلاً وبين رجل عمره سبعون عاماً، وإنما يظهر في امرأة لم تبلغ سن الرشد. يؤيد هذا الفهم ما ورد في المذكرة الايضاحية لقانون حقوق العائلة نفسه من أن القانون فرق بين النساء بالنسبة لأعمارهن، فعادة تكون المرأة التي لم تكمل الثامنة عشرة من عمرها قليلة التجارب، ومن السهل أن تنخدع فحماها القانون، ولأنها لا تكون راشدة دون الثامنة عشرة، أما بعد الرشد فأعطاها القانون الحرية باختيار زوجها والموافقة عليه مهما كان سنه.

وهذا الفهم الوارد في المذكرة الايضاحية لا يتفق مع اطلاق النص الوارد في المادة المذكورة، ومعلوم أن التطبيق العملي إنما يكون للنص لا للمذكرة الايضاحية.

وهذا ما حدث فعلاً، حيث كان التطبيق يشمل كل امرأة بينها وبين خاطبها تفاوت في السن يزيد على عشرين عاماً، ولو كانت قد تجاوزت الخمسين. وهذا غير مراد للقانون، يتضح ذلك من النص الواردة في المذكرة الايضاحية.

وقد تداركه قانون الأحوال الشخصية حيث نص على التقيد صراحة في المادة السابعة منه والتي جاء فيها (يمنع اجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً) فحصر المنع من الزواج في حالة كون المرأة دون سن الثامنة عشرة من العمر، أما من كانت فوق ذلك فلا يشملها نص هذه المادة.

ومما جاء في المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية بهذا الخصوص (أنه

حدد في هذا المشروع ـ أي مشروع القانون ـ سن المرأة المخطوبة التي بينها وبين خاطبها تفاوت في السن أكثر من عشرين سنة بثمانية عشرة عاماً، وهي من مشكلات القانون السابق التي عولجت في هذا المشروع، فقد جاء في القانون السابق منع العقد مطلقاً بين امرأة ورجل يكبرها بأكثر من عشرين سنة وهو ما لم يقصده المشرع ـ كما تقول المذكرة الايضاحية ـ فالمقصود المرأة التي دون سن الرشد، أما من تجاوزت سن الرشد فلا سلطان لأحد عليها في أمورها الخاصة، ولذلك وضعت المادة السابعة من هذا القانون على هذا الأساس"[1].

٣ ـ أعطى قانون حقوق العائلة السابق الحق للقاضي في السماح بإجراء العقد مع تفاوت السن بعد أن يتأكد من رضاء الأصغر سناً، وهذا يعني أن الأكبر سناً قد يكون الخاطب أو المخطوبة، ويفهم من ذلك أن القانون يمنع الزواج حتى ولو كانت الأكبر سناً هي المخطوبة، فلو تزوج رجل عمره عشرون عاماً بإمرأة عمرها خمسون عاماً، فإن اطلاق النص المذكور يشمل هذه الحالة أيضاً بالمنع، وليس هذا من مقصود القانون كما يفهم من مذكرته الايضاحية التي وضحت قصد المشرع بحماية المرأة، لإنها قليلة التجارب ويسهل خداعها، بينما جاء نص المادة السابقة ليشمل الرجل أيضاً ولو تجاوز الأربعين من عمره إذا رغب الزواج بامرأة تكبره سناً، ولا أرى ما يبرر هذا الاطلاق أو ما يجعله من أحكام السياسة الشرعية.

وقد تنبه لذلك قانون الأحوال الشخصية فجعل النص قاصراً على المرأة، وسمح للقاضي بالموافقة على الزواج إذا تحقق من مصلحتها ورضائها، وليس رضاء الأصغر سناً، مما يدل على أن صغر السن بالنسبة للرجل غير مشمول بالمنع، خلافاً لما يفهم من نص قانون حقوق العائلة السابق.

ويتضح من نص المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية الساري المفعول حالياً، **أنه يمنع اجراء عقد الزواج في حالة تفاوت السن بين الرجل والمرأة بالشروط الآتية:**

أولاً: أن يكون مقدار هذا التفاوت في السن يزيد عن عشرين عاماً.

ثانياً: أن تكون المخطوبة دون سن الثامنة عشرة من العمر.

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية صفحة ٢ وهي عبارة عن مذكرة من ثمان صفحات موجودة لدى دائرة قاضي القضاة بعمان.

ثالثاً: أن تكون المخطوبة هي الأصغر سناً وليس الرجل.

رابعاً: أن لا يكون الزواج برضاها واختيارها.

خامساً: أن لا توجد لها مصلحة في هذا الزواج.

فإذا تحققت هذه الشروط مجتمعة يحق للقاضي عندئذ أن يمنع هذا الزواج بمقتضى القانون؛ لأن القانون أعطى الحق للقاضي في تجاوز هذا المنع والسماح باجراء العقد رغم وجود التفاوت في السن بين الخاطبين، إذا تحقق من رضاء المخطوبة وصحة اختيارها، وأنها غير مكرهة، وتحقق أيضاً من توفر مصلحتها في هذا الزواج.

وهذا يدل بوضوح على أن المنع من اجراء العقد في هذه المسألة هو من باب السياسة الشرعية، لأنه منع غير مطلق، وإنما قصد به مزيد العناية والتحقيق في شأن المرأة التي لم تكمل سن الثامنة عشرة من العمر، اضافة الى ما يجب على وليها من ذلك شرعاً بحكم ولايته عليها رعاية لمصلحتها ومنعاً لخداعها. فإذا تبين للقاضي انه لا يوجد شيء من ذلك، فله أن يأذن باجراء العقد وعندئذ ينتفي المنع وتتلاشى آثاره القانونية المترتبة عليه.

ومما يؤكد أن هذا المنع من باب السياسة الشرعية، أن القانون لم يرتب على اجراء العقد مع وجود الفارق في السن، ولو لم تتحقق سائر الشروط المذكورة أية عقوبة أو أثر قانوني، ولم يجعل العقد لو تم على غير الصورة التي اشترطها القانون فاسداً أو باطلاً [1] وإنما اكتفى بالنص على المنع من اجراء العقد مما يدل على أن قصد القانون هو المنع من اجراء العقد على الصورة المذكورة، والتضييق من نطاق وقوع مثل هذا الزواج بقدر الامكان.

ومما تجدر الاشارة اليه أن قانون حقوق العائلة السابق نص على موضوع هذه المسألة تحت عنوان الكفاءة في الزواج، بينما نص عليها قانون الأحوال الشخصية في باب عضل الولي، والواقع أنها مسألة لا علاقة لها بالكفاءة بالزواج ولا بعضل الولي، وإلا لجاز فسخ العقد لعدم الكفاءة كما يجوز فسخ العقد لعضل الولي، لأن المادة ٢٣ أجازت للقاضي فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج،

---

(١) المادتان ٣٣ و ٣٤ من قانون الأحوال الشخصية بينتا الحالات التي يكون فيها باطلاً والحالات التي يكون فيها فاسداً على سبيل الحصر وليس منها الزواج مع تفاوت السن المنصوص عليه في المادة ٧ من القانون المذكور فدل ذلك على أنه ليس باطلاً ولا فاسداً.

كما أجازت المادة ٢٢ للولي مراجعة القاضي بطلب فسخ الزواج بسبب عضل الولي، إذا زوجت البكر نفسها من غير كفء، أما مجرد وجود تفاوت في السن بين المخطوبة وخاطبها فلا يعطي الحق للزوجة ولا لوليها بطلب فسخ عقد الزواج، لأن القانون حصر ذلك في موضوع الكفاءة كما حصر الكفاءة في قدرة الزوج على المهر المعجل ونفقة الزوجة فقط، ولم يعتبر غير ذلك من أمور الكفاءة التي نص عليها الفقهاء كالمهنة والحرية والصلاح والسلامة من العيوب ونحو ذلك، وهو ما نصت عليه المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية صراحة حيث قالت (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في المال وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج).

لذلك أرى أن قانون حقوق العائلة ليس له أي مبرر في وضع المادة السادسة منه، والتي تنص على عدم جواز العقد مع تفاوت السن تحت موضوع الكفاءة، لعدم العلاقة بينهما كما رأينا، ولأنه لا يعتبر الكفاءة إلا في المال [جاء ذلك في المادة ٢٣ منه ونصها (يشترط في لزوم النكاح أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في المال وهي أن يكون قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة).] فلا ينبغي أن يضع عنواناً لهذه المادة باسم الكفاءة في السن كما فعل، بعد أن حصر الكفاءة في المال وحده، بل في القدرة على المهر المعجل والنفقة فقط.

أما قانون الأحوال الشخصية فقد ذكرها تحت عنوان عضل الولي، ولا علاقة لها أيضا بعضل الولي، إلا إذا قال قائل أن القاضي ولي في الزواج، وله ولاية عامة على المسلمين، فله أن يمنع الزواج كما للولي أن يمنع أو يعضل، فيكون من المناسب وضع المادة السابعة التي تنص على منع اجراء العقد مع تفاوت السن من قبل القاضي بحكم ولايته، فشابه ذلك عضل الولي بمنع زواج ابنته بحكم ولايته أيضاً.

والواقع أن هذا القول لا يسلم لقائله، لأن الولي في الزواج هو الأب أو الجد أو الأخ أو غيره من العصبات أولاً، فإذا لم يوجد ولي، فالقاضي ولي من لا ولي له، أما من كان لها ولي في الزواج فليس للقاضي عليها أية ولاية، لأن ولاية القاضي عامة وولاية الأب أو الجد خاصة، ومعلوم أن الولاية الخاصة في الزواج تقدم على الولاية العامة[1] وقد جاء في المادة ٣٧ من الأحكام

(١) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: ١/٦٣.

الشرعية أن السلطان ولي في النكاح لمن لا ولي له ثم القاضي الذي كتب له بذلك في منشوره، لأن السلطان لا يتولى مثل هذه العقود فيتولاها القاضي ولما كان القاضي العام الذي له هذا الحق لا يمكنه أن يتولى كل عقد فيتولاه نُوّابه إذا أذن لهم بذلك.

والمادة القانونية المذكورة أجازت للقاضي منع اجراء العقد مع تفاوت السن، ولو كان للفتاة ولي، فلا يكون لهذا النص القانوني أية علاقة بعضل الولي من هذه الناحية.

والذي أراه أن هذا حكم سياسي لا نص عليه من كتاب ولا من سنة ولا من اجماع، كما أنه لا نص عليه لأحد الفقهاء والمسلمين السابقين، فينبغي أن يفرد بنص خاص لا يقع تحت عضل الولي أو الكفاءة بالسن، أو يكون في الأحكام العامة التي تبسط ظلها على سائر نصوص باب الزواج، أو تكون في حكم الاستثناء من نصوص هذا الباب، كأن يقول في آخر باب الزواج.. ومع مراعاة ما سبق فإنه يمنع اجراء العقد.. إلى آخر ما جاء في المادة.

المطلب الثالث: وجه السياسة الشرعية في المسألة

ذكر سابقاً أنه لا يوجد نص شرعي من كتاب أو سنة أو اجماع يمنع اجراء العقد مع تفاوت السن بين الخاطبين مهما كان هذا التفاوت كبيراً، كما لم يرد عن أحد من الفقهاء السابقين منع هذا الزواج، ولم يعتبروا عدم التفاوت في السن شرطاً من شروط العقد أو الكفاءة، فيكون حكمه الشرعي على الاباحة الاصلية، وهي جواز العقد مع هذا التفاوت.

إلا أن السياسة الشرعية، وهي في نظري ضابط عظيم من ضوابط الاجتهاد في كل زمان ومكان، ومعيار حقيقي تقاس به الأحكام الفقهية مع اختلاف الظروف والبيئات، هذه السياسة الشرعية تتدخل في هذه المسألة لتحدد معالمها الجديدة، وتكشف عن خطورتها لتحدد مآلها على أرض الواقع منعاً لوقوع المحظور الشرعي، وحفظاً لمقاصد الشارع من أن يتوصل لإبطالها بالذرائع الفاسدة، أو تحقيقاً لمصلحة عامة.

فقد رأى القضاة الشرعيون من واقع ما عرض عليهم من قضايا، كثيراً من

المفَاسد والشرور تنشأ بين الأزواج بسبب التفاوت الكبير في السن بينهما، فبالإضافة إلى عدم الانسجام والتوافق بينهما، وما لذلك من أثر على الأسرة وضياعها بكثرة الشقاق والنزاع بين الزوجين، وامتداد هذا الأثر من العداء والبغضاء إلى أهل الطرفين وأبنائهم وعائلاتهم، فقد لوحظ أن المرأة التي لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها، ولم تنضج خبرتها في الحياة الزوجية نتيجة لصغر سنها وظروف المجتمع المعاصرة، لا تدرك أن من تجاوز الستين من العمر لا يقدر على ما يقدر عليه الشاب الذي هو في مثل سنها أو أكبر بقليل من واجبات الحياة الزوجية، فتطالبه بما لا يستطيع من المعاشرة بحكم سنه فإذا عجز عن ذلك، وهو المتوقع عادة، لجأت إلى الوسائل غير المشروعة التي توصلها إلى الانحراف الخلقي في كثير من الأحيان، خاصة مع ضعف الوازع الديني، وكثرة مفاتن العصر، وقد يكون الزوج قد أعطى والدها وأعطاها من المال الكثير الذي يملكه مما جعلها تتناسى في لحظة طغيان شهوة المال، حقيقة المآل.

أضف إلى ذلك أن هذا الزوج وقد تجاوز الستين من عمره، غالباً ما يتوفى (هذا لا يتعارض مع اعتقادنا أن الأعمار بيد الله لقوله ﷺ: عمر أمتي من ستين إلى سبعين سنة - رواه الترمذي في كتاب الزهد ويؤيده الواقع المشاهد غالباً). عنها ويتركها وهي في سن العشرين تعاني من عذاب الترمل والوحدة، فلا تجد أمامها سوى طريق الفتنة والشهوات المفتوح على مصراعيه.

كل هذه الأسباب وغيرها من الأمور المتوقعة مع هذا التفاوت في السن، دعت القانون إلى التدخل لوضع حد لمعاناة هذه الفتاة التي لم تبلغ سن الرشد، وما ينتج عن ذلك من مشاكل اجتماعية ومحظورات شرعية سداً للذريعة المتوقعة أو درءاً لهذه المفاسد، وهي من أصول السياسة الشرعية، لذلك رأى القانون من باب السياسة الشرعية في جلب المصلحة أو درء المفسدة، أن يمنع اجراء العقد مع التفاوت في السن على المرأة التي لم تبلغ سن الثامنة عشرة من عمرها، وبالشروط التي ذكرها القانون تحقيقاً لمصلحة المرأة التي لم تبلغ سن الرشد، ومنعاً للمفسدة المتوقعة عنها وعن المجتمع، والمتوقع كالواقع. وهذا لا يخالف الأحكام الشرعية بل هو من السياسة الشرعية التي يؤيدها مبدأ سد الذرائع، ومبدأ ومآلات الافعال، وتشهد لها المصالح المرسلة.

الفصل الثاني

آثار الزواج

المبحث الأول

المهر

المطلب الأول: المقصود بالمهر لغة واصطلاحاً

المهر: هو الصداق، بفتح الصاد وكسرها، والجمع مهور، يقال: مَهَرَ المرأة يمهَرها ويُمهرها بالفتح والضم، وفرّق بعضهم بين الصداق والمهر، فقال: الصداق ما وجب بتسميته في العقد، والمهر ما وجب بغير ذلك[1]، ولا أرى دليلاً على هذه التفرقة. وكلها أسماء للمهر وله أسماء أخرى غير الصداق ومنها: نِحْلة، فريضه، أجر، عقر، علائق[2]، طول.. الخ.

والصداق: من الصدق ضد الكذب، لأنه دليل على صدقهما في موافقة الشرع، أو لاشعاره بصدق الرغبة بالنكاح الذي هو الأصل في ايجاب المهر.

ومعناه شرعاً: ما وجب بنكاح أو وطء، أو بتفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود[3]. او هو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها[4]. والحقيقة أن المهر ليس فقط في مقابلة الاستمتاع، لأنه مشترك بين الزوجين ولقوله تعالى

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠.

(٢) العلائق: ما يتراضى به الأهلون كما ورد في حديث ابن عباس، المغني: ٧/ ٢٠٩.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ٢٢٠.

(٤) الشرح الصغير: ٢/ ٤٢٨.

﴿وآتوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِن﴾ [النساء: ٤]، أي عطية بدون مقابل، لذلك عرفه الفقهاء المحدثون بأنه المال الذي يجب على الزوج لزوجته بسبب عقد الزواج، أو بسبب الدخول في الزواج الفاسد[1]، والذي أراه أن هذا التعريف أيضاً غير دقيق، لأن المهر أعم من أن يكون مالاً فقد يكون منفعة. كما أرى أنه مأمور به على سبيل العبادة سواء عرفنا حكمته أو لم نعرف، فهو واجب شرعاً من الزوج لزوجته تعبداً بدليل أن الله سبحانه وتعالى سماه [فريضة] بقوله تعالى: ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. الآية.

ولا يجوز بحال من الأحوال أن يكون المهر ثمناً للمرأة أو لجزء منها، لأن الانسان الحر لا يُمْلَك وهو أغلى في نظر الشارع من كل ذلك، كما أنه ليس مقابلاً للمتعة بدليل أن العقد يصح بدونها، وبدون مهر مسمى ويجب مهر المثل. فالأولى أن يقال ان المهر واجب شرعاً على سبيل التعبد أو هو غير معقول المعنى.

المطلب الثاني: حكم المهر

المستحب عند الشافعية أن لا يعقد النكاح إلا بصداق[2]، وقيل أن المهر لازم للعقد لا شرط له[3]، واعتبر المالكية المهر ركناً من أركان الزواج[4]. وهو يجب من الزوج لزوجته وليس من الزوجة للزوج، بدليل قوله تعالى للأزواج ﴿وآتوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَة﴾ [النساء: ٤].

وذهب الحنفية إلى أن النكاح صحيح بدون تسمية مهر فيه، ويجب للزوجة مهر المثل، وعندهم أن المهر واجب لإبانة شرف المحل، وهو لم يشرع بدلاً كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته، وعندهم أنه لو تزوجها بشرط أن لا مهر لها فالنكاح صحيح خلافاً لمالك رحمه الله.

(١) الأحوال الشخصية فقهاً وقضاء: ١٥٧ .

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/٥٥ .

(٣) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/٢٧٦.

(٤) الشرح الصغير: ٢/٤٢٨، القوانين الفقهية: ٢٠٧.

والذي أراه في هذه المسألة أن المهر حكم من أحكام عقد الزواج، وليس شرطاً من شروطه، ولذلك يصح عقد الزواج بدون ذكر المهر أصلاً. والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ووجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى حكم بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر، والطلاق لا يكون إلا في النكاح الصحيح، فترك التسمية لم يمنع من صحة النكاح.

ما يصلح أن يكون مهراً:

أما ما يصلح أن يكون مهراً فقد اختلف في ذلك العلماء على أقوال:

ذهب الشافعية إلى أنه كل ما يصح أن يكون مبيعاً صح صداقاً، عيناً أو ديناً أو منفعة كثيراً أو قليلاً ما لم يَنْتَهِ في القلة إلى حد لا يتمول.

وقال ابن حزم كلٌّ ما نُصِّف أي كان له نصف قل أو كثر ولو كان حبة بر، وكذلك كل عمل حلال موصوف يصح أن يكون مهراً عنده[1].

ونقل الشوكاني الاجماع على أن الشيء الذي لا يتمول ولا قيمة له، لا يكون صداقاً ولا يحل به النكاح، وكل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً. وقال أن هذا مذهب الحسن، وعطاء، وعمرو بن دينار، وابن أبي ليلى، والثوري، والاوزاعي، وغيرهم[2].

أما الحنفية فاشترطوا في المهر أن يكون مالاً متقوماً[3]، واشترط المالكية أن يكون متمولاً، طاهراً، منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه للزوجة، معلوماً[4].

---

(١) المحلى: ٩/ ٢٩٠.

(٢) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/١٨٨.

(٣) فتاوى قاضي خان: ١/ ٢٧٤، الفتاوى الهندية: ١/ ٣٠٢،.

(٤) الشرح الصغير: ٢/ ٤٢٩.

المطلب الثالث: مسائل السياسة الشرعية في المهر

المسألة الأولى: تحديد المهر سياسة:

الحد الأدنى للمهر: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على الأقوال التالية:

ذهب الشافعية إلى أنه يسن أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم، ولو نقص جاز فلا يتقدر أقله عندهم[١]، وعند المالكية أقله ثلاثة دراهم من الفضة أو ربع دينار من الذهب[٢]، وعند الحنفية والشيعة[٣] الزيدية أقله عشرة دراهم، واستدلوا بحديث جابر الذي أخرجه الدارقطني (لا مهر أقل من عشرة دراهم) وهذا الحديث غير صحيح[٤]. وفيه أن سنده واهٍ، وعن الامام أحمد قال سمعت سفيان بن عيينه يقول: لم أجد لهذا أصلاً يعني العشرة في المهر. ولكنهم استدلوا بالقياس على قطع اليد، لأن البضع عضو واليد عضو.

وقيل لا يتقيد أقله، بل ما يصلح أن يكون ثمناً وأجرة. وهو مروي عن ابن عباس، والحسن البصري، والاوزاعي، والثوري، وأحمد بن حنبل. وعن سعيد بن جبير ان أقله خمسون درهماً، وقال النخعي أربعون، وقال ابن شبرمة خمسة دراهم[٥]الى غير هذه الأقوال.

والصحيح هو مذهب جمهور العلماء الذين أجازوا النكاح بقليل المال وكثيره دون تحديد، حيث لم أجد دليلاً صحيحاً على التحديد بمقدار معين، وهو ما ذكره صاحب المغني «من أن أقله وأكثره غير مقدر»[٦].

ولكن ينبغي أن يراعى في ذلك مفهوم المال، فهو لا يطلق على التافه، ومن الغريب أن يجيزه الشيعة الامامية بكف من بر[٧]، وأغرب منه ما ذهب إليه

---

(١) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ٥٥.

(٢) الشرح الصغير: ٢/٤٢٨، نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/١٨٩، .

(٣) الفتاوى الهندية: ١/٣٠٢، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/ ٢٧٦.

(٤) كشف الخفاء ومزيل الالتباس عما اشتهر من الأحاديث على السنة الناس: ٢/ ٣٦٨.

(٥) نيل الاوطار، للشوكاني: ٢/ ٢٧٦، الجامع لاحكام القرآن: ٥/ ١٢٨.

(٦) المغني: ٧/ ٢٠٩.

(٧) شرائع الإسلام: ٢/ ٣٠٥.

ابن حزم، من أن الصداق يجوز أن يكون حبة بر أو شعير[1].

أما حده الأعلى: فليس في الكتاب أو السنة نص يوجب أن لا يزيد المهر عن مبلغ معين، ولكن ورد في كلام الشافعية ما يدل على أنه يسن أن لا يزيد المهر على خمسمائة درهم، كأصدقة بناته ﷺ وزوجاته، وهذا عندهم من قبيل التبرك والاستحباب، وليس من قبيل الوجوب.

وكذلك لا حد لأكثره عند المالكية، ونقل الاجماع على أن لا تحديد في أكثر الصداق[2]، هذه أقوال العلماء في مسألة حد المهر الأدنى والأعلى ولكن؟!

هل يجوز لولي الأمر أن يلزم الناس بحد أعلى للمهر سياسة، بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافه؟ هذا ما حاول أن يفعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولنبحث في هذه القصة التي رويت عن عمر بألفاظ مختلفة قبل أن نعطي رأياً بخصوص هذه المسألة فنقول:

أخرج عبد الرزاق في مصنفه من طريق أبي عبد الرحمن السلمي قال: قال عمر: لا تغالوا في مهور النساء، فقالت امرأة ليس ذلك لك يا عمر، ان الله يقول: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا﴾ [النساء: ٢٠]، وهذه قراءة ابن مسعود، فقال عمر: امرأة خاصمت عمر فخصمته، وأخرجه الزبير بن بكار من وجه آخر منقطع وفيه قال عمر: امرأة أصابت ورجل أخطأ. وأخرجه أبو يعلى من وجه آخر عن مسروق عن عمر فذكره مفصلاً مطولاً[3].

وأصل قول عمر: لا تغالوا في صدقات النساء، عند أصحاب السنن، وصححه ابن حبان والحاكم، ولكن ليس فيه قصة المرأة، وفي رواية أن عمر قال: ما أصدق رسول الله ﷺ قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية، فقامت امرأة فقالت يا عمر: يعطينا الله وتحرمنا، قال عمر: كل الناس افقه منك يا عمر وترك الانكار[4].

---

(١) المحلّى: ٩/ ٤٩٤.

(٢) الجامع لاحكام القرآن: ٥/ ١٠١، المغني: ٧/ ٢٠٩ .

(٣) فتح الباري: ٩/ ٢٠٤.

(٤) الجامع لاحكام القرآن: ٥/ ٩٩.

وليس الاعتراض على أصل قول عمر فهو مروي في الصحاح، ولكن ما هي حقيقة قصة المرأة وتعقيب عمر عليها؟

الذي يظهر لي أن هذه الزيادة في قصة المرأة لا تصح سنداً ولا تصح متناً أيضاً، أي وكما يقول علماء الحديث لا تصح دراية ولا رواية، لأنها جاءت من روايات مختلفة بعضها ضعيف وبعضها فيه انقطاع [سبب الضعف مجالد بن سعيد وقيس بن الربيع وكلاهما ضعيف، أما مجالد بن سعيد فقد قال عنه ابن حجر العسقلاني[1]، (قال فيه ابن معين ضعيف واهي الحديث وقال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به) وأما قيس به الربيع فقد قال عنه ابن حجر [2]، (قال النسائي ليس بثقة ومتروك الحديث) أما صاحب الميزان فقد قال عن قيس (لا يكاد يعرف)[3]]، وقد تكلم العلماء في سندها بما لا تنهض به حجة ولا يصلح للاعتماد عليه.

أما من جهة الدراية والمتن فإن التغالي في طلب المهور غير مستحب شرعاً، وما نهى عنه عمر في محله، ومضمون الآية التي استشهدت بها المرأة على فرض صحة الرواية، لا يصلح للاعتراض به على نهي عمر عن المغالاة بالمهور، لأنها إنما وردت في النهي عن أخذ ما أعطي للمرأة من صداق ولو كان كثيراً.

كما أن العلماء استدلوا بها على جواز كثرة المهر[4]، وليس فيها أي دليل من قريب أو بعيد على وجوب ذلك، بل غاية ما تدل عليه الاباحة، مع أن النص ورد على سبيل المبالغة في الزجر عن استرداد صداق المرأة بعد طلاقها، ولا نزاع في وجوب الوفاء بالحق، ومنه الالتزام بالمهر بالغاً ما بلغ بعد اتفاق الطرفين عليه، ولكن مسألتنا محصورة في أنه هل يجوز للإمام أن يحدد أعلى المهر إذا احتاج الناس إلى ذلك سياسة كما حاول عمر أن يفعل؟ وهل امتناع عمر عن تحديد أعلى المهر دليل على عدم جواز ذلك شرعاً، أم هناك سبب آخر منعه من المضي فيما عزم عليه؟!.

---

(١) تهذيب التهذيب: ١٠/٣٩.

(٢) تهذيب التهذيب: ٨/٣٩١.

(٣) ميزان الاعتدال في نقد الرجال: ٤/٣١٣.

(٤) تهذيب التهذيب: ٩/٢٠٤، نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/١٢٩ .

السياسة الشرعية في المسألة:

بادئ ذي بدء أقول: ان مسألة وضع حد أعلى للمهر من قبل الحاكم، لم يرد بخصوصها نص من الكتاب أو السنة، يمنعها أو يوجبها، ولا اجماع في ذلك ولا قياس، وكل ما ورد فيها اشارة في القرآن الكريم فهم منها بعض العلماء جواز التغالي بالمهور على سبيل الاباحة، وإذا كان الأمر كذلك، فالمسألة واقعة في مجال السياسة الشرعية، حيث أنه من الثابت أن للامام تقييد المباح بالمصلحة الحقيقية [صرَّح فقهاء الحنفية أنه إذا دعت الحاجة العامة والظروف الطارئة الى أن يأمر السلطان الناس بصيام يوم مثلاً فأمرهم وجب عليهم الصيام ديانة كصيام رمضان ما دام ذلك تنظيماً لمصلحة فوضه الشرع بتنظيمها[1]. وجاء في رد المختار أن الامام إذا أمر بالصيام في غير الأيام المنهيّة وجب، لأن طاعة الامام فيما ليس بمعصية واجبة] ولا شك أن المغالاة بالمهور إذا أدّت إلى العزوف عن الزواج أو عدم الرغبة فيه، لظهور الفقر في المجتمع تكون مفسدة ينهى عنها الشارع، وهي خلاف مقاصد الشريعة، وفي ذلك يقول المحقق الشوكاني رحمه الله ما نصه: [ان الزواج بمهر قليل مندوب اليه، لأن المهر إذا كان قليلاً لم يستصعب النكاح من يريده فيكثر الزواج المرغب فيه، ويقدر عليه الفقراء ويكثر النسل، الذي هو أهم مطالب النكاح، بخلاف ما إذا كان المهر كثيراً، فإنه لا يتمكن منه إلا أرباب الأموال، فيكون الفقراء الذين هم الأكثر في الغالب، غير مزوجين فلا تحصل المكاثرة التي أرشد اليها النبي ﷺ][2].

أما ما ورد في قصة المرأة مع عمر رضي الله عنه، فالراجح أنها غير صحيحة، وعلى فرض صحتها، فالظاهر أن أمير المؤمنين ترك ما كان قد عزم عليه من الانكار على المغالاة في المهور لعدم وجود الحاجة الى ذلك في عصره، حيث اتسع ثراء الناس بكثرة الفتوحات، وكثرة العطاء من بيت المال لكل محتاج، خاصة وأن التوسعة على الأهل في النفقة والمهر عند القدرة على ذلك مستحب لا ينكره أحد. وأن انكاره رضي الله عنه إنما كان لكراهة ترك الاقتداء بالنبي ﷺ في قلة مهر بناته ونسائه، يتضح ذلك من تعليله الوارد في القصة

---

(١) المدخل الفقهي العام: ١/ ٥٣.

(٢) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ١٩٠.

بقوله «فإنها لو كانت - أي المغالاة بالمهر - مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية» فإنه يتضح من هذا التحديد لمهر بنات النبي ﷺ وزوجاته، أنه يكره الزيادة على مهور أمهات المؤمنين وهن خير النساء، وهو يرى أنهن أعظم قدراً ومكانة من أن يزاد عليهن في شيء حتى لو كان مباحاً.

من هنا أرى أنه يجوز لولي الأمر أن يمنع التغالي بالمهور سياسة، إذا دعت الحاجة في المجتمع المسلم إلى ذلك، أو أدى هذا التغالي الى مفسدة ترك النكاح أو العزوف عن اعفاف النفس بالزواج المشروع، نتيجة للفقر العام في المجتمع أو الغلاء الفاحش. فهو كحكم التسعير الجبري يلجأ إليه الحاكم إن دعت الحاجة الى كسر طوق الاحتكار غير المشروع، ويتركه الامام إن لم تدع اليه حاجة الناس[1].

وهذا من قبيل السياسة الشرعية التي تستند الى سد الذرائع، وفي ذلك يقول الشاطبي رحمه الله تعالى « الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً الى مفسدة فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها»[2].

المسألة الثانية: الأجل المطلق:

المقصود بالأجل المطلق في المهر، أن يتفق الزوجان على مقدار المهر المعجل ويتفقا على مقدار المهر المؤجل، ولا يذكرا مدة معلومة للأجل، كأن يتفق الطرفان على مهر معجل مقداره الف دينار ومؤجل مقداره ألف دينار دون تحديد لأجل معين. فهل يصح هذا الاطلاق مع ما فيه من جهالة أم يبطل به العقد؟ أم يبطل المسمى ويجب مهر المثل؟! ولتوضيح ذلك أقول:

الأصل في المهر أن يُعجل للمرأة قبل الدخول، ليتحقق مقصود الشارع في الايناس وسد حاجة المرأة حين الزفاف على رأي من يقول بأن هذه حكمة مشروعية المهر، وفي ذلك يقول الامام ابن القيم نقلاً عن الامام مالك رحمه الله

(١) الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب: ٢٦٨.

(٢) الموافقات: ٢/ ٣٦٤.

«نما الصداق فيما مضى ناجز كله »[1] .

ولكن الناس تعارفوا بعد ذلك على أن يجعلوا من المهر ما هو حال يدفع للزوجة قبل الزفاف، لتجهيز نفسها به، وما هو مؤجل لا يدفع بل يبقى بذمة الزوج. وهذا من قبيل مساعدة الأزواج في تأجيل جزء من المهر وتخفيفاً عليهم من أعباء الزواج ومتطلباته. وهذا الأجل قد يكون محدداً بمدة معينة لا جهالة فيها، فيلزم بحلول هذه المدة كسنة أوسنتين، وقد يكون مؤجلاً أجلاً فاحشاً يتعذر ازالة الجهالة فيه، مثل الى الميسرة أو الى الزفاف، فيسقط الأجل في هذه الحالة ويصبح المهر حالاً. ولا خلاف في هاتين الحالتين ولا اشكال:

أما إذا أطلق الأجل ولم يذكر فيه قيد مجهول ولا معلوم كأن يقال مثلاً:

المهر المعجل ألف دينار والمهر المؤجل ألف دينار، ويسكت العاقدان عن بيان أو تفصيل ذلك، فهل تدخل هذه المسألة في أحكام السياسة الشرعية ويكون لها من الحلول ما يقطع النزاع ويزيل الالتباس أم لا؟

أقوال الفقهاء في المسألة:

ذهب جمهور العلماء، من الحنفية والمالكية والحنابلة الى أنه إذا لم يُصرّح بالتأجيل فيعتبر العرف، ونصوا على أن الثابت عرفاً كالثابت شرطاً، وأن المطلق من المعقود ينصرف الى العرف والعادة عند المتعاقدين[2]، وقد جرت العادة بين الأزواج على ترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق، فجرت هذه العادة مجرى الشرط. والعرف يكفي لتقييد المطلق والحمل عليه.

وبعبارة أخرى، فإن الأجل المطلق في المهر يحمل على العرف والعادة، ويحدد عرفاً بالوفاة أو الطلاق فيصير معلوماً بذلك ولا جهالة فيه، أما التصريح بالمدة المجهولة فلا يمكن رفعه فيسقط، وبذلك يفترق عن الاطلاق الذي حدده العرف بالوفاة أو الطلاق.

وهذا القول بتحديد الأجل المطلق بالعرف وإن لم ينص عليه ولم يصرّح به

---

(١) اعلام الموقعين: ٣/ ٨١.

(٢) شرح فتح القدير: ٣/ ٢٤٨، الاشباه والنظائر: ١٧٨، الشرح الصغير: ٢/ ٤٤٢، المغني: ٧/ ٢٢٢، اعلام الموقعين: ٣/ ٨٢.

من المتعاقدين شريطة أن لا يصرحا بخلافه، هو قول جمهور العلماء، وليس لهم أي مستند على هذا القول من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس وإنما مستندهم في ذلك هو العرف الذي قيدوا به المطلق وحملوه عليه، فصار مخصصاً بالوفاة أو الطلاق، ولاشك أن العرف الصحيح المعتبر أصل من أصول السياسة الشرعية، فصح تقييد الاطلاق في المهر المؤجل بالوفاة أو الطلاق عرفاً من قبيل السياسة إذا أصدر الحاكم به أمره، ورأى ترجيح قول الجمهور في هذه المسألة.

المسألة الثالثة: مهر السر ومهر العلانية:

المقصود بمهر السر والعلانية، أن الخاطبين يتفقان في السر على مهر معين قبل اجراء العقد، ويسميان في العقد علانية وعلى مسمع من الناس والشهود مهراً آخر أقل أو أكثر من المتفق عليه سراً. فهل يؤخذ بما تم الاتفاق عليه بينهما، أو بالمهر المسمى علانية حين العقد؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على أقوال:

١) ذهب الشافعية ورواية عن الحنابلة أن الواجب ما عقد به العقد، أي أن المهر الذي يجب على الزوج أن يلتزم به هو المسمى في العقد، ولا اعتبار لما اتفقوا عليه قبل ذلك سواء كان مهر العلانية من جنس مهر السر أو من جنس غيره، أو أقل منه أو أكثر، وهذا ظاهر مذهب الحنابلة، وفي رواية أخرى عن أحمد ان هذا هو الواجب قضاء أي ظاهراً أما باطناً فينبغي لهم أن يفوا بما اسروا لئلا يحصل منهم غرور له، وهذا على وجه الاستحباب لا القضاء. وقال في موضع آخر أنه الواجب بينه وبين الله تعالى[1].

ويفهم من ذلك أن مذهب الشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة أن العبرة بمهر العلانية

٢) وذهب الحنفية الى التفريق بين أن يكون المهر المتواضع عليه سمعة من نفس جنس مهر العلانية إلا أنه أكثر، أو من غير جنسه.

ففي الحالة الأولى: إذا اتفق الطرفان على المواضعة أو اشهدا على أن المهر

---

(١) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/٥٥، اعلام الموقعين: ٣/٩٠.

هو المسمى في السر والزيادة سمعة فالمهر ما تواضعا عليه في السر. أما إذا اختلف الطرفان فالمهر هو المسمى في العقد إلا أن يقيم الزوج بينة على خلافه.

وفي الحالة الثانية: وهي ما إذا كان مهر السر خلاف مهر العلن، أو من غير جنسه، فإن لم يتفقا على المواضعة فالمهر هو المسمى في العقد وإن اتفقا على المواضعة ينعقد النكاح بمهر المثل[1]. أي تبطل التسمية السرية والعلنية.

هذه أقوال العلماء في المسألة، والذي يظهر لي صحة قول من قال يؤخذ بمهر العلانية لا بمهر السر، لأن المهر من توابع النكاح وصفاته، فيكون ذكره سمعة كذكره هزلاً والنكاح جده وهزله سواء فكذلك ما هو منه أي المهر، يؤكد ذلك أن حل البضع مشروط بالشهادة على العقد، والشهادة وقعت على ما أظهره، فيكون وجوب المشهود به شرطاً في الحل[2].

كما أن ترجيح هذا القول هو الفيصل في القضاء عملياً، فليس من المقبول أن يوثق في العقد مهر معين، ثم يدعى بخلافه ويشغل القضاء بما لا طائل تحته، تحقيقاً لرغبة أحد العاقدين بالسمعة، واتخاذها وسيلة للاستعلاء بين الناس، وليس هذا من مقصود الزواج شرعاً.

السياسة الشرعية في المسألة:

لذلك أرى أن منع سماع الدعوى بمهر السر المخالف للمهر المعلن أو المسجل في العقد، هذا المنع إذا صدر من الامام فهو جائز ومن أحكام السياسة الشرعية، ومستنده المصلحة المرسلة في حفظ الحقوق وقطع التنازع بين الخصوم عن طريق التوثيق الكتابي أو بشهادة الشهود ليكون ذلك معتبراً، لا ما تم الاتفاق عليه سراً، لأن ذلك يضعف الثقة بالتوثيق وبالشهادات وفي ذلك من اضاعة الحقوق ما فيه.

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/ ٣١٥.

(٢) اعلام الموقعين: ٣/ ٩١.

المبحث الثاني

الرضاع

المطلب الأول: معنى الرضاع في اللغة والاصطلاح

أما معناه في اللغة: فيقال: رضع الصبي وغيره يرضع بالكسر، مثل ضرَب يضرِب وهي لغة نجدية، ورضِع يرضَع بالفتح، مثل سمع يسمَعَ ومصدرها رضعاً ورِضاعاً ورَضاعاً ورضِاعة ورضَاعة، فهو راضع، والجمع رُضَّع[1].

وقيل الرضاع بكسر الراء وفتحها، أما الرضاعة فهي بالفتح لا غير[2].

والصواب أن فيها خمس لغات كلها صحيحة، فالرَّضع والرِّضاع والرَّضاع والرِّضاعة والرَّضاعة كلها أسماء من الارضاع، ومعناه مص الثدي وشرب لبنه، أو مص اللبن من الثدي[3].

أما في الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء في تعريفه على أقوال متقاربة منها: مص الرضيع من ثدي الآدمية مدة الرضاع[4]، وقيل هو اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه[5]. وأرى أن أوضح هذه التعريفات هو ما ذهب إليه الحنفية من قولهم: مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص[6].

فالتعبير بالمص يخرج مجرد الوصول الى الجوف عن أي طريق كان ولو بالحقن ونحوه، فليس هذا من أسماء الرّضاع، ولا من أوصافه، وكذلك ثدي الآدمية، يخرج أي ارضاع من ثدي غيرها، فهو وان كان من قبيل الرضاع لغة

---

(١) لسان العرب المحيط: ١/١١٧٦.

(٢) النظم المستعذب في شرح غريب المهذب: ٢/١٥٥.

(٣) مغني المحتاج: ٣/٤١٤.

(٤) التعريفات: ١١٠.

(٥) مغني المحتاج: ٣/٤١٤.

(٦) شرح فتح القدير: ٣/٣٠٤.

إلا أنه غير مقصود شرعاً ولا يتعلق به حكم شرعي، وقولهم في وقت مخصوص يحصر الرضاع بما كان دون العامين ويخرج به إرضاع الكبير.

ولم يتطرق التعريف لعدد الرضعات التي يتعلق بها التحريم، لأن ذلك مجال اجتهاد واختلاف بين الفقهاء، وانما المقصود هو اطلاق الرضاع شرعاً على ما يقع من الرضيع في مدة الحولين من مص ثدي امرأة وشرب اللبن من ذلك الثدي، فالرضاع يتحقق معناه الشرعي بالمرة الواحدة، ثم هل يتعلق بهذه المرة التحريم أم لا؟ هذا موضوع آخر زائد على التعريف.

ولا موجب للتوسع ببحث أحكام الرضاع في الفقة الاسلامي، لأن ذلك ليس من مقصود هذا البحث وانما سأبحث فقط في الأحكام المتعلقة بالسياسة الشرعية في موضوع الرضاع وأحصرها في المطالب التالية.

المطلب الثاني: اجبار الأم على الارضاع ضرورة

من المتفق عليه شرعاً وعقلاً أن الأم هي أشد الناس شفقة على ولدها، ولبنها أفضل غذاء له، والأم بحكم هذه الشفقة والحنان الغريزي لا تحتاج الى أمر بارضاع ولدها، ومع ذلك أوجب نص الشارع عليها الارضاع بقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهذا النص القرآني وأن كان وارداً على صورة الخبر، إلا أنه في معنى الأمر[١] فيدل على الوجوب على وجه التأكيد، ولهذا لم يختلف فقهاء المسلمين في ذلك فقالوا جميعاً بوجوب الرضاع على الأم ديانة، وأنها تأثم بترك الارضاع من غير عذر، سواء كانت الزوجية قائمة بينها وبين والد الرضيع أو كانت مطلقة منه، رجعية أو بائنة، فإن امتنعت عن الارضاع مع قدرتها على ذلك تكون مسؤولة أمام الله تعالى[٢].

لكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الارضاع عليها قضاء، وهل تلزم به أم لا؟ ذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة الى عدم وجوب الارضاع على الأم قضاء، وأنها لا تجبر عليه بل هو مندوب، وللأم أن تمتنع عن

---

(١) لسان العرب المحيط: ١/١١٧٦، تفسير آيات الأحكام: ٢/٦٨.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٣٠١.

الارضاع، لأن رضاع الولد واجب على الأب وحده وليس له الاجبار سواء كانت الأم شريفة أو دنيئة، وقد وافقهم المالكية على ذلك إذا كانت المرأة من الاشراف أو ذوي الثراء فقالوا: ان المرأة الشريفة بسبب الثراء والحسب، لاتجبر على الارضاع أما غيرها فتجبر قضاء وديانة.

وقد نقل صاحب المغني الاجماع على عدم وجوب الارضاع على الأم حالة المفارقة، أما في حالة قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي فقد حصل الخلاف بين العلماء في أنها تجبر في الارضاع أو لا تجبر قضاء؟ فالمنقول عن الحنفية والشافعية والحنابلة والثوري وغيرهم عدم الاجبار. وقال المالكية تجبر قضاء إلا إذا كانت شريفة بحسب أو ثراء[1] .

ومنشأ الخلاف بين العلماء في هذه المسألة يرجع الى فهمهم للمراد من قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. الى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فقد رأى المالكية أنه يجب على الأم إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، ارضاع ولدها. فلو امتنعت من ارضاعه بدون عذر أجبرها القاضي، إلا المرأة الشريفة[2] ، فقد فهموا من الآية انها أمر لكل والدة زوجة كانت أو غيرها بالارضاع وهو حق عليها. ثم خصصوا هذا العموم بأمرين: الأول استثنوا المرأة الشريفة بالعرف القائم على المصلحة، فليس من شأن الشريفة أن ترضع ابنها عادة. والثاني استثنوا المطلقة طلاقاً بائناً بنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فإن هذه الآية واردة في المطلقات طلاقاً بائناً[3] .

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/٣٤٢، شرح فتح القدير: ٣/٣٠٤، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/٣٣٤، مغني المحتاج: ٣/٤١٤، المغني: ٧/١١٣، الشرح الصغير: ٢/٧٥٤، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/٤٠.

(٢) الشرح الصغير: ٢/٧٥٤، الجامع لاحكام القرآن: ٣/١٦٠.

(٣) الجامع لاحكام القرآن: ١٨/١٦٨.

وذهب الجمهور الى أن الآية أمر ندب وارشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن، بدليل قوله تعالى في الآية نفسها ﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾ [الطلاق: ٦].

واستدلوا أيضاً على عدم الاجبار: بأن كفاية الولد تجب على أبيه، ونفقته عليه وأجرة الرضاع كالنفقة، فيجب عليه أن يستأجر له من ترضعه[١].

وقالوا إننا لا نجبر الأم على ارضاع ولدها، لأن امتناعها دليل على عدم قدرتها على ذلك، لوفور شفقتها[٢].

هذا ما رآه جمهور علماء المسلمين أن الأم لا تجبر على ارضاع ولدها قضاء أخذاً من النصوص القرآنية المذكورة التي لا تدل على أكثر من الاستحباب والندب. إلا أن هؤلاء الفقهاء جميعاً حتى المالكية نقل عنهم ما يفيد أن الأم تجبر على ارضاع ولدها في حالات ذكروها وعللوها، استثناء من هذا الاصل وهو عدم جواز الاجبار على ذلك تمشياً مع النصوص، **ومن ذلك الأقوال الفقهية التالية:**

جاء في فقه المالكية ما نصه « إلا أن لا يقبل الولد غيرها فيلزمها رضاعة للضرورة أو يكون الأب والولد فقيرين فيلزمها »[٣].

وجاء أيضاً « ان الرضاع لازم عند مالك للأم إذا تعيّنت بأن كان فقيراً »[٤].

وفي فقه الحنابلة « إلا إذا تعين دفعاً للهلاك عن ولدها واحياءً له»[٥]، أي إذا تعين الارضاع. وجاء في فقه الحنفية أن الأم لا يجب عليها الارضاع قضاء، إلا إذا تعينت ويتحقق التعين في ثلاث حالات:

١ - إذا كان الأب والصغير فقيرين، فتجبر حفاظاً على حياة الولد.

٢ - إذا لم يوجد مرضعة غيرها

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي: ٣/٣٤٥، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٩٢، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٦٧.

(٢) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: ٢/٤٥.

(٣) الشرح الصغير: ٢/٧٥٤، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٤٩.

(٤) الجامع لاحكام القرآن: ٣/١٦٠.

(٥) المغني: ٩/٣١٢.

٣ ـ إذا كان الولد لا يقبل ثدي غيرها فتلزم حفاظاً على حياته.

واحتجوا لذلك بأن قالوا: ان الارضاع حق الولد كما هو حق الأم، فإذا تعيّنت فقد تحقق الداعي صوناً للولد عن الهلاك، والتعين يكون باحدى الحالات الثلاث المذكورة.

وكذلك فان هذه الحالات تمثل حالة الضرورة، ومن المعروف أن الضرورات تبيح المحظورات، فأولى أن تلتزم الأم بارضاع ولدها الذي تعين عليها ارضاعه احياء له[1].

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

من الواضح أن مذهب جمهور العلماء القائلين بعدم وجوب الارضاع على الأم قضاء، وأنها لا تلزم به إلا إذا تعينت حفظاً لحياة الرضيع وابقاءً عليه هو الراجح، لقوة الادلة التي استندوا اليها، وموضع البحث في هذه المسألة هو اتفاق الفقهاء على الزام الأم بارضاع ولدها إذا تعينت لذلك، وما عللوا به هذا الالزام مع عدم ورود النص الخاص بذلك أو بخلافه، بمعنى أن الأم في الحالات العادية لا تجبر على الارضاع بمقتضى النص الذي استند اليه جمهور العلماء، إلا أنه لم يرد نص بخصوص الزامها إذا تعينت أو عدم الزامها، فقال الفقهاء جميعاً: إنها تلزم للضرورة، وحفظاً على حياة الرضيع من الهلاك.

ويظهر أن هذا الحكم الفقهي انما يستند الى اصل من أصول السياسة الشرعية، وهو مراعاة مقاصد الشريعة، إذ أن من أهم مقاصد الشريعة في الضروريات حفظ النفس من الهلاك، وفي عدم ارضاع الصغير في سن الرضاع اهدار لحياته وقضاء عليه، وهو خلاف مقاصد الشريعة، فالحفاظ على هذه النفس مقصود شرعاً فيجب الحفاظ على ما هو من مستلزماته وهو الارضاع، فإذا تعينت الأم لارضاع ولدها بأية حالة من حالات التعين والحتم، بحيث لا يسد غيرها مسدها في ذلك، وجب الزامها به قضاء وحملها عليه ولو بالاكراه، حفظاً لحياة الرضيع.

وهذا من أعلى مراتب مقاصد الشريعة.

---

(١) الأحوال الشخصية فقهاً وقضاء: ١٥٧.

المطلب الثالث: شهادة امرأة واحدة على الرضاع

يثبت الرضاع بالاقرار كما يثبت بالبينة عند عامة الفقهاء[1] . إلا أنهم اختلفوا في البينة التي يثبت بها الرضاع، فذهب فريق منهم إلى أنها تثبت بشهادة النساء منفردات. وهؤلاء اختلفوا فقال بعضهم: (تثبت بشهادة امرأة واحدة، وقال آخرون بشهادة امرأتين علي الأقل . وذهب الحنفية الى عدم ثبوت الرضاع بشهادة النساء المنفردات، بل لابد من البينة الكاملة، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى الحديث الوارد في صحيح البخاري وغيره، عن عقبة بن الحارث «أنه تزوج أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمَةٌ سوداء فقالت: قد ارضعتكما، قال: فذكرت ذلك للنبي ﷺ فاعرض عني، قال: فتنحيت فذكرت ذلك له، فقال: كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، فنهاه عنها» وفي رواية: دعها عنك، فلا خير لك فيها[2].

وقد استدل العلماء بهذا الحديث على قبول شهادة المرضعة، ووجوب العمل بها وحدها، وهو مروي عن عثمان وابن عباس والزهري والحسن واسحق والأوزاعي وأحمد بن حنبل وأبي عبيد، ومالك، وفي رواية عنه: لا يقبل في الرضاع إلا شهادة امرأتين، وهو مذهب الحنفية والعترة، إذ لابد عندهم في ثبوت الرضاع من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، كسائر الأمور[3] .

وقيل أن الخبر محمول على الاستحباب، وقيل أن الأمر بفراقها كان للاحتياط وليس لأنها محرمة[4]. والحاصل أن جمهور الفقهاء من الحنابلة والشافعية والمالكية في رواية عنهم، يقبلون شهادة النساء منفردات في الرضاع مع العدالة.. بدلالة هذا الحديث ولكن على التفصيل التالي:

---

(١) اعلام الموقعين: ٣٤٦/٤، الجامع لاحكام القرآن: ١٦٠/٣، فتح الباري: ١٥٢/٩، نيل الاوطار، للشوكاني: ٣٥٨/٦. السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٤٦٥/٢، المغني: ١١٣/٧.

(٢) فتح الباري: ١٥٢/٩، نيل الاوطار، للشوكاني: ٣٥٨/٦.

(٣) نيل الاوطار، للشوكاني: ٣٥٨/٦، الجامع لاحكام القرآن: ١٠٩/٥.

(٤) تفسير آيات الأحكام: ٦٨/٢.

مذهب الحنفية: خالف الحنفية جمهور الفقهاء في مسألة الشهادة على الرضاع، وتقرر في مذهبهم أن شهادة النساء منفردات لا تقبل في الرضاع، ولو كن أربع نسوة أو أكثر، وأن الرضاع المحرم يثبت بالشهادة التي تثبت بها الحقوق المالية، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن الحكم بثبوت الرضاع عندهم يقتضي زوال الملك ان كان موجوداً، فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاء، والشهادة بالرضاع وان كانت أمراً دينياً وهو تحريم الزواج إلا أنها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير، وزوال الملك لا يحكم به إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين[1].

وقالوا أيضاً ان المحارم يجوز لهم أن ينظروا الى ثديها ويشهدوا بالرضاع أو عدمه[2]، وخلاصة القول: أن النص الوارد في المسألة والذي أخذ به جمهور الفقهاء يقتضي قبول شهادة المرضعة في تحريم الزواج بمفردها، وكما قال أبو عبيد[3]، « السنة أن يثبت التحريم بشهادة المرأة الواحدة، وليس لأحد أن يفتي بغير ذلك إلا أنه لم يبلغنا أنه ﷺ حكم بينهما بالتفريق حكماً مثل ما حكم في المتلاعنين، ولكنه غلظ عليه في الفتيا، ونحن ننتهي الى ما انتهى اليه » وقد أجاب الحنفية عن الاستدلال بالحديث: أنه من قبيل التنزه والفتوى، أما في القضاء والحكم بالتفريق، فلابد فيه من البينة المعتبرة شرعاً[4].

مذهب المالكية: ان شهادة المرأة الواحدة توجب التفريق في رواية عن مالك، وقيل شهادة امرأتين مع فشوّ قولهما، ودليل الجمهور على قولهم: أنهم جعلوا الرضاع كسائر الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء[5].

مذهب الشافعية: ان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال في العادة تقبل، لأنها لو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات، والرجال لا يطلعون عليها، لبطل الحق عند التجاحد، ولكن قالوا: لا يقبل أقل من أربع نسوة، لاشتراط العدد، وأقل الشهادة رجلان، وشهادة امرأتين بشهادة رجل، هذا إذا كان

---

(١) شرح فتح القدير: ٣/٣٢٣، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: ٢/٦٤.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٢٩.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ٨٤ .

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٤١٣.

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٣٩.

الشهـود غير المرضعـة، أما المرضعة فـتقبل شهـادتها منفردة للحـديث المذكورة عن عقبة بن الحارث.

ثم بينوا: أن محل شهادة الرجال في الرضاع ما لم يتعمدوا النظر الى الثدي لغير الشهادة، فإن تعمدوا ذلك لم تقبل شـهادتهم لفسقهم، وقبول شهادة النساء إذا كان النزاع في الارتضـاع من الثدي، أما إذا كان في الشـرب أو الايجار من ظرف، فلا يقبل فيه شهادة النساء المـتمحضات، لأنه لا اختصاص لهن بالاطلاع عليه[1] .

مذهب الحنابلة: فقد جـاء عن أحـمد عـدة روايات، منهـا أن شهـادة المرأة الواحـدة مع العدالة تقـبل في الرضـاع، وعنه أنه لا يقبل أقل من امـرأتين، لأن الله تعالى اقامهما في الشهادة مقام شاهد واحد، وهو أقل نصاب الشهادة[2].

وليس المقام مقام الترجيح بين مذهب الجمهور ومذهب الحنفية، ولكنه البحث عن السيـاسة الشـرعـية في مـذهب الحنفـيـة، هذا الذي خـالف النص الوارد في صحيح البخاري، وافتى بعدم جواز شهادة المرأة الواحدة بالرضاع، بل عدم جواز شهادة النساء منفردات.

وهذا الحكم من الحنفـية مـسبوق باجـتهـاد عـمر رضي الله عنه في المسـألة، فكيف كان ذلك؟

رأي عمـر في المسألة: روي أن رجـلاً من بني عامـر تزوج امـرأة من قومـه فدخلت عليهـما امرأة فقالت: الحمـدلله لقد ارضعتكما، وأنكمـا لإبناي، فانقبض كل واحد منهمـا عن صاحبه، فخرج الرجل حـتى أتى المغيرة بن شعبة، فـأخبره بقول المرأة فكتب فيه الى عمر، فـكتب عمر: أن أدع الرجل والمرأة فان كان لها بينه على مـا ذكرت فـفرق بينهـما، وإن لم يكـن لها بينة فـخل بين الرجل وبين امرأته، إلا أن يتنزها. ولو فـتحنا هذا الباب للناس، لم تشأ امـرأة أن تفرق بين اثنين إلا فعلت»[3] .

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٤١٤، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ٣٣٤.

(٢) المغني: ٨/ ١٩٠.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ٨٢.

وروي أن هذا كان بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد[1] .

السياسة الشرعية في فعل عمر عدم قبول شهادة المرأة الواحدة في الرضاع:

ان حديث عقبة المروي عن رسول ﷺ بمختلف رواياته، وسواء كان الطلب فيه للالزام أو للندب، يدل على أن الرسول ﷺ قبل شهادة المرأة الواحدة على فعل نفسها، ولم يخبر عقبة بأن المرأة التي أخبرته بالرضاع لابد لها من بينة، أو من يشهد معها، بل قال: كيف وقد زعمت، ثم قال له: دعها عنك.

وفعل عمر السابق مخالف لهذا حيث طلب من المدعي بينة كاملة على الرضاع، وقال لعامله المغيرة بن شعبة لا تقبل قولها إلا ببينة، فما هو وجه قوله هذا؟

أرى ـ والله أعلم ـ أن عمر رضي الله عنه تخوّف ـ كعادته في سد أبواب الفتنة والاضرار عن الأمة ـ من تفاقم خطر أمر الارضاع وانتشاره بين الناس، على صورة يسهل فيها الادعاء بما يفسد الاسرة، ويدمر الحياة الزوجية، خاصةمع قلة الوازع الديني، فانه من السهل جداً على امرأة لا تخاف الله تعالى أن تدعي ذلك، ولا تطالب ببينة، فتفسد حياة زوجين سعيدين، وتشتت أسرة بادعاء في ظاهره الحق والحرص على الحرام، وربما يكون في باطنه الحقد والحسد والرغبات الشخصية القاتلة. وهذا ما يؤخذ من قول عمر نفسه للمغيرة بن شعبة معللاً طلب البينة الكاملة على الرضاع، حيث يقول: « ولو فتحنا هذا الباب للناس لم تشأ امرأة أن تفرق بين اثنين إلا فعلت»[2] .

فشهادة المرأة الواحدة في الرضاع، سواء على فعل نفسها أو على فعل غيرها، لا تخلو من التهمة والشك فكيف مع فساد الزمان؟ ولا ينبغي أن يترك الأمر للشك والظن ليهدم اليقين المبني على أساس شرعي ثابت.

وعلى ذلك فيمكن أن يحمل فعل عمر رضي الله عنه في عدم قبول شهادة المرأة الواحدة على الرضاع، بأنه من باب سد الذريعة التي يتوصل بها الى المفسدة، وهي هنا هدم الاسرة بظن متوهم يحتمل الاضرار. ومعلوم أن سد

(١) أحكام الأسرة في الإسلام: ٢٠٠.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ٨٢، أوليات الفاروق السياسية: ١٥٩.

الذرائع أصل من أصول السياسة الشرعية. فيكون فعل عمر وما ذهب اليه الحنفية في هذه المسألة هو الراجح، لهذا المآل الواقع أو المتوقع، ولا يكون هذا الحكم مخالفا للنص في فهم الحنفية لأنهم حملوا النص على الفتوى، وفعل الأولى ويشهد لذلك قوله ﷺ « كيف وقد زعمت» فهو مجرد زعم وهم يتكلمون في حكم القضاء، لا في حكم الديانة والفتوى.

المبحث الثالث

النفقة

المطلب الأول: معناها وأحكامها

النفقة في اللغة: النفقة من النفوق، وهو الهلاك، يقال: نفقت الدابة، إذا هلكت وماتت، أو من النّفاق بمعنى الرواج، يقال نفق البيع إذا راج، وانفق الرجل افتقر وذهب ماله[1] .

وسمي بها المال الذي ينفقه الانسان على عياله، لأن في الانفاق عليهم هلاكاً للمال المنفق، أو لأن في الانفاق رواجاً لحال المنفق عليه[2] .

أما في الاصطلاح: فيقصد بالنفقة ما يبذله الانسان لمن يعوله من الطعام والكسوة والمسكن، وما شابه ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومها فقيل: هي الشيء الذي يبذله الانسان فيما يحتاجه هو أو غيره، من الطعام والشراب ونحوها[3]، وقيل: هي توفير ما تحتاج اليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء، وإن كانت غنيّة[4] .

وجميع معانيها عند الفقهاء تدور حول ما يجب على الانسان لزوجته وأولاده مما لا يقوم البدن بدونه عادة[5]، نحو المأكل والملبس والكسوة والعلاج وغيرها.

وجوب النفقة على الزوج:

النفقة من آثارا عقد الزواج الصحيح، فتجب للزوجة على الزوج الحر،

---

(١) لسان العرب المحيط: ٦٩٣/٣، فقه اللغة وسر العربية: ١٣٧ .

(٢) الفقه المقارن للاحوال الشخصية: ٢٣٢.

(٣) سبل السلام: ٢١٨/٣.

(٤) فقه السنة: ١٦٩/٢.

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٨٣/٣٤، اعلام الموقعين: ٣٥٨/٤.

الذي يقدر على المال، البالغ العاقل غير المحجور عليه، إذا كانت الزوجة غير ناشزة، سواء كانت مسلمة أو كتابية، وكذلك تجب لأولادها الصغار الفقراء على والدهم الموسر بقدر كفايتهم.

ووجوب النفقة ثابت بالكتاب والسنة والاجماع، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧]، وقوله ﷺ لهند بنت عتبة: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[١].

وانما وجبت نفقة الزوجة على زوجها، لأنها محبوسة في داره لمنفعته، وكل انسان حبس لأجل منفعة غيره وجبت نفقته على من كان حبسه لأجله، ومن أجل ذلك وجبت في بيت مال المسلمين نفقة القاضي والوالي والمفتي ومدرس علوم الدين، لأنهم محبوسون لمصلحة المسلمين العامة[٢].

وتقدر النفقة حسب حال الزوجين عند مالك وأحمد بن حنبل، وبه قال الخصاف من الحنفية، وهو الراجح عندهم. وقال الشافعي أنها تقدر بالنظر الى حال الزوج وحده، وهو اختيار الكرخي من الحنفية ومذهب الزيدية[٣].

والنفقة غير مقدرة بمبلغ من المال، أو نوع من الطعام والكسوة، وانما يقدرها الحاكم بالمعروف مراعياً الكفاية، خلافاً للشافعية الذين قدروها بمدين على الموسر، ومُدٍّ واحد على المعسر، ومُدٍّ ونصف على المتوسط. وقال ابن تيمية لا يجوز تقديرها، وانما يطعمها الزوج معه مما يأكل[٤].

هذه بعض أحكام النفقة في المذاهب بشكل عام. والمهم في هذا البحث، ماله علاقة من هذه المسائل بالسياسة الشرعية، وسوف أفصل فيها القول على النحو التالي:

---

(١) صحيح البخاري: ٩/ ٥٠٤.

(٢) المبسوط: ٥/ ١٨١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٥٠.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/ ١٥، مذاهب الجليل بشرح مختصر خليل: ٤/ ١٨٢، مغني المحتاج: ٣/ ٤٢٥، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: ٩/ ٣٥٢.

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣٤/ ٧٩.

المطلب الثاني

عدم استحقاق الزوجة العاملة خارج البيت للنفقة إذا منعها زوجها فأبت

النفقة حق ثابت للزوجة مقابل احتباسها، وهي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح كما ذكرنا، وقد ذكر الفقهاء ان من حق المرأة أن تعمل في بيتها بأجر، ويكون أجرها على عملها لها وليس لزوجها، وقال بعضهم: أن للزوج منعها إذا كان العمل الذي تقوم به يضر بصحتها، أو يضعف نظرها، أو ينتقص من جمالها.

وقد اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها، فقال بعضهم: أن سبب النفقة للزوجة هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح الصحيح للزوج عليها[1]، وقال اخرون: السبب هو مجرد الزوجية، وقيل: بل السبب ملك النكاح عليها، وقيل: سبب وجوب نفقة الزوجة هو القوامة، الى غير ذلك من الأقوال التي تشترط تسليم المرأة نفسها للزوج تسليماً كاملاً.

كما اختلف الفقهاء في حكم التسليم الناقص، أو التسليم ليلاً دون النهار هل يوجب النفقة على الزوج أو لا يوجبها؟ قيل: إن المرأة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار فلا نفقة لها، لأنه لم يوجد التمكين التام[2]، ونص الحنفية على أن التسليم الناقص يوجب نشوز الزوجة مثل إذا سلمت نفسها ليلاً وامتنعت نهاراً اوالعكس، تعد ناشزة [المادة ١٥٦ من مواد كتاب النفقات الشرعية].

وذهب الحنابلة الى أن الزوجة تستحق النفقة بشرطين:

١) أن تكون كبيرة يمكن وطؤها.

٢) أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها[3].

ويؤخذ من شرط التمكين التام، أن خروجها من المسكن نهاراً والعودة اليه

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ١٥/٤.

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ١٦١/٢.

(٣) المغني: ١٥٩/٨.

ليلاً لا يعتبر تمكيناً تاماً فلا تستحق معه النفقة.

واشترط المالكية لوجوب النفقة على غير المدخول بها شروطاً هي:

بلوغ الزوج، وأن تكون الزوجة مطيقة للوطء، وعدم اشراف أحدهما على الموت، وقالوا: ان منعت نفسها منه فهو نشوز، وعللوا عدم وجوب النفقة بعدم القدرة على الاستمتاع بها[1].

ويتضح مما سبق أن الأئمة متفقون على أن الناشز لا نفقة لها، والناشز من النشوز بمعنى: الارتفاع، من النَّشْز أي المكان المرتفع، وسميت المرأة ناشزاً، لأنها بعصيانها كأنها ارتفعت عن طاعة زوجها، فمتى خرجت من منزله بغير اذنه أو امتنعت عن الانتقال معه الى مسكنه أو امتنعت من السفر معه فلا نفقة لها، وهو قول عامة أهل العلم[2] .

فالنفقة عندهم في مقابلة التمكين، فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة، وتخالف المهر من هذه الناحية مع أن النفقة والمهر من آثار عقد الزواج، إلا أن المهر يجب بمجرد العقد، ولا تجب النفقة إلا بالعقد مع التمكين والتسليم.

بعد أن تقرر ذلك أقول: هل عمل المرأة خارج البيت من النشوز المانع لنفقتها؟

أستطيع القول أن الفقهاء متفقون على أن الزوجة المحترفة لا نفقة لها إذا لم يرضَ الزوج باحترافها، وطلب منها عدم العمل ولم تمتثل له، لأن احترافها بعد نهي الزوج لها ومنعها من العمل يكون نشوزاً عند هؤلاء الفقهاء، والناشز لا تجب لها النفقة، وكذلك الحكم إذا رضي باحترافها أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل ولم تمتثل[3] .

وعللوا ذلك بفوات التسليم الكامل الذي هو شرط وجوب النفقة كما ذكر.

---

(١) الشرح الصغير: ٢/ ٧٣٠.

(٢) المغني: ٨/٢٣٦.

(٣) الفقه المقارن للاحوال الشخصية: ٢٤٢.

وهذا تفصيل لأقوال الفقهاء في هذه المسألة:

مذهب الحنفية: جاء في رد المحتار (وإذا لم يرض الزوج بعملها ونهاها عن العمل فخرجت من أجله سقط حقها في النفقة لأن الاحتباس ناقص غير كامل)[1].

مذهب المالكية: جاء في شرح الصاوي (أن من شروط وجوب النفقة للزوجة على زوجها عدم النشوز) ، وقال: (أن منعت نفسها من زوجها فهو نشوز) وعللوا ذلك بأن الزوج لا يكون قادراً على الاستمتاع، وعندهم أن عدم القدرة على الاستمتاع بالزوجة مسقط لنفقتها[2] ..

مذهب الشافعية: جاء في مغني المحتاج (وتجب النفقة للزوجة بالعقد وتستقر بالتمكين التام، أي التمكين من الاستمتاع في أي وقت، فلو امتنعت منه سقط حقها في النفقة) وجاء في المهذب (الحرة إذا سلمت نفسها بالليل دون النهار، لا نفقة لها، لأنه لم يوجد التمكين التام)[3] .

مذهب الحنابلة: جاء في المغني: (إذا سلمت المرأة نفسها الى الزوج على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجاتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن... الى أن قال: إذا خرجت الزوجة من منزل الزوج بغير اذنه فلا نفقه لها، لأن النفقة تجب في مقابلة التمكين، فإذا منعته من التمكين كان له منعها من النفقة[4]).

يتضح من أقوال الفقهاء ان المرأة المحترفة لا نفقة لها إذا نهاها زوجها عن العمل فرفضت ذلك، حتى لو تزوجها وهي تعمل فله الحق بمنعها عند هؤلاء الفقهاء[5]، فإذا لم تترك العمل، اعتبرت ناشزة وحرمت من النفقة.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٨٩١.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢/ ٧٣٠.

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ٤٣٥.

(٤) المغني: ٨/ ١٥٩.

(٥) يفهم ذلك من الاطلاق الوارد في عبارة الفقهاء، حيث يشترطون رضا الزوج بعمل زوجته وعدم نهيها عنه، فإذا نهاها عن الخروج الى العمل يكون غير راض به ورضاه شرط في عدم اعتبارها ناشزة في هذه الحالة، ولم يقيدوا ذلك بمن تزوجها وهي تعمل بل اطلقوه، والمطلق يجري على اطلاقه ما لم يرد دليل التقيد، وهو في عبارتهم غير وارد.

هذه هي النصوص الواردة في المسألة، ولكن هل إقدام الزوج على التزوج بامرأة محترفة تمارس عملاً معيناً قبل الزواج وتلتزم به وهو يعلم ذلك مسبقا وقد رضي به، يجيز له بعد الزواج أن يطلب من الزوجة الامتناع عن العمل وتركه، فإذا رفضت ذلك تعتبر ناشزاً ولا نفقة لها؟

وبمعنى آخر هل هذا الحكم الذي نص عليه الفقهاء مبني على العرف، فيجوز أن يتغير بتغير عادات الناس، أم حكم شرعي دائم لا يتغير بتغير الزمان والبيئات؟

للاجابة على ذلك أستعرض أولاً ما آل اليه أمر المجتمع في زماننا بهذا الخصوص.

فمن المعلوم أن الحياة المعاصرة قد تغيرت كثيراً عما كان عليه الحال في السابق، سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو المهني، وأصبح عمل المرأة ضرورياً لسد حاجات الاسرة، كما هو ضروري لسد حاجات المجتمع من المعلمات والطبيبات، وقد اتسع الميدان لدخول المرأة مجال العمل المختلف ومجال العلم في شتى مناحي الحياة. وبما أن تكاليف العلم باهظة عالية، فكثيراً ما تضطر المرأة الى الدراسة وفق نظام الالتزام على نفقة جهة معينة، كوزارة التربية والتعليم مثلاً، وتشترط هذه الأخيرة على المرأة أن تعمل لديها بعد التخرج مدة زمنية معينة، فإذا انقطعت المرأة عن العمل قبل نهاية مدة الالتزام فإنها تدفع مبالغ مالية تعادل تكاليف نفقات تعليمها، وربما تزيد عن ذلك، هذه ناحية، ومن ناحية أخرى، قد توقّع المرأة عقداً مع احدى الشركات لمدة زمنية تلتزم فيها المرأة بالعمل دون استقالة خلال المدة، وفي حالة عدم الالتزام يترتب عليها دفع مبالغ مالية قد لا تستطيع المرأة دفعها تنفيذاً لشروط هذا العقد، فما هو العمل في هذه الحالة؟

هل يجمد القضاء على نصوص الفقهاء السابقة ويقول ان الزوج إذا طلب منها ترك العمل مع هذا الأضرار الكبير بها فامتنعت تكون ناشزة، أم أن القضاء له كلمة أخرى، يراها أقرب في تحقيق العدالة ومراعاة هذا الاختلاف في الواقع، والظروف الاجتماعية المعاصرة!

الذي ارتضاه فقهاء المذهب الأربعة أن الاحتراف بلا اذن الزوج يمنع النفقة،

ويكون مظهراً من مظاهر النشوز، ولكن صاحب النهر اعترض على ذلك، وعلله بأنها معذورة باشتغالها بمصالحها، وقال في البحر نقلاً عن الخلاصة معزياً الى مجموع النوازل (ان كانت الزوجة قابلة أو غسالة أو كان لها على آخر حق فانها تخرج بالاذن وبغير الاذن)[1] . أي لا تكون ناشزة بخروجها.

وهذا الرأي الفقهي هو الذي جرى عليه عمل القضاء في أيامنا بخصوص فرض النفقة للزوجة المحترفة لأن إقدام الزوج على الزواج بامرأة محترفة وهو يعلم ذلك يُعد رضا منه بسقوط حقه في الاحتباس الكامل. واستدلوا لذلك بأن العرف العام يخصص النص الشرعي، وقد أصبح خروج المرأة للعمل ضرورة. تخصيص النص بالعرف فيه خلاف بين العلماء، ومن أجازه مثّل له بالاستصناع)[2] .

وقد مالت محكمة أسيوط الشرعية الى الأخذ بهذا الرأي، لأنه الذي يتفق وتطورات الزمن وطبيعة العصر (القرار رقم ٧٦ من مجلة المحاماة الشرعية المصرية في مجلد السنة الحادية والعشرين ص٣٩٧).

السياسة الشرعية في المسألة:

اذا تزوج الرجل المرأة وهي تعمل، أو رضي بعملها قبل العقد عليها صراحة أو ضمناً، ولم يشترط عليها قبل الزواج ترك العمل، ثم تزوجها وهي على حالها، وأخذ منها شيئاً من راتبها، أو قبل ما أحضرته الى بيته من راتبها، فان هذا العمل من الزوج يدل على رضاه بسقوط بعض حقه في الاحتباس، وإلا فقد كان باستطاعته وقد علم بأنها تعمل قبل العقد عليها، أن يطلب منها صراحة ترك العمل، اشعاراً منه بأنه لا يقبل بالاحتباس الناقص، وعدم طلبه هذا يدل على أنه لا يعارض في عملها...

وهذه المسألة على هذا النحو قد لا يختلف فيها الفقهاء مع القضاء، ولكن الاختلاف يأتي بعد ذلك. فسواء قلنا ان الزوج رضي بعملها قبل العقد أو لم يرض به، فان الفقهاء يقولون إذا طلب منها بعد هذا الرضا أو عدمه أن تترك

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ١٩٥/٤.

(٢) المدخل الفقهي العام: ٨٩٦/٢.

العمل فان له ذلك، وإذا رفضت تكون ناشزة وتمنع من النفقة.

هذا القدر هو المختلف عليه، وهو الذي أرى أنه يتغير بتغير الزمان، وإنني أرى خلافاً للفقهاء أنه ليس من حق الزوج الذي رضي بعمل الزوجة صراحة أو ضمناً قبل العقد عليها أن يأتي بعد العقد لسبب أو بدون سبب ويطلب منها الامتناع عن العمل، وإن هذا لو حصل لا يكون نشوزاً مانعاً من استحقاقها للنفقة، شريطة أن تكون معذورة في هذا العمل لضرورة أو حاجة ملحّة. وهذا حكم من أحكام السياسة، إذ لا نص يدل على اعتباره بعينه مسقطاً للنفقة أو غير مسقط، وانما جاء النص من الفقهاء باعتباره نشوزاً، بناء على عرف عندهم أن عمل المرأة خارج بيتها ليس ضروريا لها، وقد اكتفت بوجوب نفقتها على زوجها فلا حاجة لها بالمال، وطاعة زوجها واجبة، فلا تترك الواجب لغير ضرورة.

هذا ما يمكن استنباطه وفهمه من عبارات الفقهاء، وهو مسلم إذا لم تكن هناك ضرورة أو عرف يقضي بغير ذلك، فعندئذ تكون معذورة في خروجها للعمل.

وقد ظهر نتيجة تغير العرف وتبدل الظرف، أن عمل المرأة في بعض مجالات الحياة أصبح ضرورة اجتماعية، كتعليم بنات المسلمين بدلاً من أن يقوم بذلك رجل، وتطبيب نساء المسلمين بدلاً من أن يتولى ذلك ذكر، كما أن تغير العرف بالنسبة لتعليم المرأة، وما يترتب عليها من التزامات مادية وعملية وكفالات مالية تنص على وجوب الوفاء بالالتزام عليها أو على وكيلها، وغالباً ما يكون والدها، الأمر الذي يجعل عملها ضرورياً بالنسبة لالتزاماتها المالية من جهة، وبالنسبة للمجتمع المسلم من جهة أخرى، فلا يجوز أن يترك هذا الأمر الضروري لمزاج الزوج فاذا رضي تركها تعمل وإذا غضب أو رفضت اعطاءه شيئاً من المال الزمها بترك العمل، وانما الواجب في مثل هذه الحالات أن يعلم الزوج أن من حقه الاحتباس الكامل، ومن حقه ان لا يقدم على زواج امرأة إلا إذا رضيت ابتداء بهذا الحق، فإذا لم يشترطه ورضي به صراحة أو أعلمته بعملها فلم ينكره عليها ولم يطلب منها تركه قبل العقد، فان هذا الرضا مسقط لحقه في الاحتباس الكامل بعد العقد ويبقى من حقه الاحتباس الناقص، فكأنه

تزوجها على هذا الشرط وهو وان لم يكن منصوصاً عليه في العقد فقد الزمه العرف، ومن الثابت أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[1]، وفي ذلك رفع للظلم عن أحد العاقدين، ومنع للضرر المتوقع من ترك العمل، وضبط لأمور القضاء وهي مصلحة عامة، حتى لا يبقى أمر استحقاقها للنفقة قضاء مرهوناً بقوله موافق على عملها فلا تكون ناشزة، أو غير موافق فتنشز. وهذا أمر مع فساد الزمان وضعف الوازع الديني عند الأزواج لا يجوز أن يبقى بدون ضابط قضائي، شريطة أن تكون معذورة في عملها كما ذكر.

فالذي أراه موافقاً للصواب هو التوسط بين ما ذهب اليه الفقهاء وما ذهبت اليه محكمة الاستئناف، فالأول يفضي الى الظلم، وهو محرم شرعاً، والثاني يفضي الى تجاوز أحكام الشريعة والخروج عن سياج السياسة الشرعية، وحدودها، والتوسط بينهما هو العدل الموافق لروح الشريعة والتي تقتضيه احكام السياسة الشرعية، ومضمون هذا التوسط أن الزوجة المحترفة لا تعتبر ناشزة اذا استمرت بعملها السابق لزواجها وكانت معذورة في ذلك، كأن يكون لعملها ضرورة عامة أو خاصة أو حاجة ملحّة، وهو ما ذهب الى نحوه صاحب البحر، أما إذا لم تكن معذورة وانما متّبِعَة لهواها وعادتها التي تعوّدت عليها، فالقول بعدم نشوزها في هذه الحالة توسّع لا يدخل في الشرع من أي باب، وضابط ذلك متروك للقضاء، فالقاضي يقدر كل حالة على حده ويصدر حكمه بنشوزها أو عدمه تبعاً لما يتحقق لديه من وجود العذر أو عدم ذلك. وهذا الضابط من السياسة الشرعية التي تستند الى الضرورة وتغير العرف.

المطلب الثالث: نفقة زوجة الغائب

المقصود بالغائب: من لا يمكن احضاره الى مجلس القضاء لمقاضاته أمام القاضي وسؤاله عن الدعوى، سواء كان غائباً في البلد الذي توجد فيه زوجته أو مختفياً فيه وسواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة.

والنفقة واجبة لزوجة الغائب باجماع علماء المسلمين، حتى الحنفية الذين

---

(١) الاشباه والنظائر: ٩٠ .

منعوا القضاء على الغائب، قالوا: بأن النفقة واجبة للزوجة على زوجها مطلقاً (موسرة كانت أو معسرة، فقيراً كان الزوج أو غنياً، حاضراً أو غائباً، صغيراً أو كبيراً)[1]. فلا خلاف بين العلماء في مبدأ وجوب النفقة لزوجة الغائب على زوجها.

والأصل في ذلك حديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان الذي روته عائشة رضي الله عنها: أن هنداً قالت: يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الاما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2].

مذهب جمهور العلماء ما عدا الحنفية أنه قضاء وليس فتوى، لأنه ﷺ لا يفتي إلا بالحق[3]، والنفقة حق لها سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً.

وذهب الحنفية الى أن ما فعله رسول الله ﷺ مع هند هو من باب الفتوى[4]، وأن القضاء على الغائب غير جائز، بل نصوا على أنه باطل[5]، لأنه يشترط في الحكم بالنفقة أن تثبت الزوجية بالبيِّنة، والبينة لا تسمع دون خصم، وأن الزوج إذا كان غائباً في المصْر فلا يجوز القضاء عليه اجماعاً عند الحنفية، ولو قضى لا ينفذ وعليه الفتوى[6].

وسواء كان الحكم على الغائب بالنفقة لزوجته من باب القضاء أو الفتوى، فقد أجازه الحنفية بالنتيجة، ووافقوا سائر الأئمة في ذلك، وإن كان غيرهم يصحح القضاء على الغائب، وهم يعتبرونه من قبيل الفتوى والاعانة، فقد نصوا على أنه يجوز للقاضي أن يفرض النفقة لزوجة الغائب في ماله الذي هو من جنس النفقة[7].

---

(١) كتاب النفقات الشرعية: ١٥.

(٢) نيل الاوطار، للشوكاني: ٣٦٢/٦، فتح الباري: ٥٠٤/٩، المحلّى: ٩١/١٠.

(٣) المحلّى: ٩١/١٠ .

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٧٢/٤ .

(٥) كتاب النفقات الشرعية: ١٩ .

(٦) اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية: ٥٤/١.

(٧) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: ٢٦١/١.

ولكن الحنفية اختلفوا فيما بينهم بمسائل تفرعت عن مسألة القضاء على الغائب بخصوص فرض النفقة لزوجته، وهذه المسائل من قبيل الاستثناءات التي تتحقق فيها الضرورة أو الحاجة والتي بموجبها[1] أجازوا القضاء على الغائب ومنها:

المسألة الأولى: جواز سماع البينة على الزوجيَّة:

اختلف فقهاء الحنفية في مسألة إذا لم يكن القاضي عالماً بالزوجية، وسألت الزوجة القاضي أن يسمع بيّنتها على الزوجية مع غياب زوجها، ويفرض لها عليه النفقة، فهل يجيبها القاضي الى طلبها؟

قال أبو يوسف: لا يسمع القاضي البيّنة على الزوجية، ولا يفرض لها النفقة.

وقال زفر: يسمع ويفرض لها، فإذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البيّنة في وجهه.

وقد علل زفر قوله بأن القاضي يسمع البينة في هذه المسألة لا لاثبات النكاح حتى تقولوا أن الغيبة تمنع من ذلك، لأنه قضاء على غائب، وهو غير جائز ولكن ليتوصل بها الى الفرض، أي الى فرض النفقة للزوجة على زوجها[2] . وقد أجازوا سماع البيّنة في حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة، فإنها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع[3] .

وقد صحح علماء الحنفية قول أبي يوسف، وقالوا عليه الفتوى[4] .

وجه السياسة الشرعية في قول زفر:

الاصل في مذهب الحنفية هو عدم جواز القضاء على الغائب [المادة ٣٢٦ من مواد كتاب النفقات الشرعية ص ٦٨] إلا أن نفقة الزوجة لما كانت من الأمور

(١) نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية: ١٠٣/٢.

(٢) شرح فتح القدير: ١٩٢/٤.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٧/٤.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٧/٤.

الضرورية، والتي لا تقوم الحياة بدونها، وقد تطول غيبة الزوج، والقاضي لا يعلم بالزوجية بينهما حتى يعطيها النفقة من قبيل الفتوى والاعانة، فتبقى الزوجة بدون نفقة، ولا تستطيع على قول أبي يوسف، وهو القول المعتمد في المذهب[1] أن تقيم البينة على الزوجية لغياب الزوج وعدم صحة القضاء على الغائب في المذهب، والبينة لا تكون إلا في دعوى صحيحة يحضرها الخصم، وهو غائب، والزوجيَّة غير معلومة، فمتى تحصل الزوجة على نفقتها من هذا الزوج الغائب؟ من أجل هذه الضرورة، ورفعاً للحرج الذي ستقع فيه الزوجة في هذه الحالة، قال زفر يجوز للقاضي أن يسمع البينة على الزوجية لغاية فرض النفقة لا لغاية اثبات الزوجية، حتى إذا حضر الزوج وأنكر الزوجية كلفها القاضي أن تقيم البينة بحضور الزوج مرة أخرى.

والواقع أن هذا الاستحسان من زفر في محله، وان خالف ما ذهب اليه الحنفية، فلا حرج على القاضي في أن يحكم بالنفقة للزوجة على زوجها الغائب بعد اثبات الزوجية بينهما، وهي سبب استحقاق النفقة، فإذا حضر الزوج وأنكر، فان الدفع يجوز قبل الحكم وبعده، كما هو مستقر في قضاء الحنفية [2] فله الحق أن ينكر، ولها الحق أن تثبت. أما أن تبقى بدون نفقة وزوجها غائب، والنفقة من ضروريات الحياة، وحفظ النفس من مقاصد الشريعة، فهذا قول يخالف هذه المقاصد، وتأباه قواعد الشريعة العامة.

فيكون ما ذهب اليه زفر رحمه الله، من السياسة الشرعية التي تستند الى مقاصد الشريعة في حفظ نفس زوجة الغائب، بفرض النفقة لها في ماله حتى لا تهلك، جوعاً وحفظ النفس من مقاصد الشريعة الضرورية .

المسألة الثانية: أخذ الكفيل بالنفقة:

جاء في فقه الحنفية، بخصوص فرض النفقة لزوجة الغائب، أنه لو قالت المرأة ان زوجها يريد أن يغيب، وطلبت من القاضي أن يأخذ لها منه كفيلاً بالنفقة حتى تحفظ حقها بعد غيابه، أن القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل،

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢٧/٤.

(٢) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: ٥٨.

لأن نفقة المستقبل غير واجبة للحال، فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب، والى هذا أشار أبو حنيفة رحمه الله بقوله: (لا أوجب عليه كفيلاً بنفقة لم تجب لها بعد)[1].

وقال أبو يوسف: استحسن أن آخذ لها منه كفيلاً بنفقة شهر، لأنا نعلم بالعادة أن هذا القدر يجب في السفر، لأن السفر يمتد الى شهر غالباً[2] .

وقد قال متأخرو الحنفية: ان عمل القضاء اليوم على هذا، أي يعملون بقول زفر في البينة على الزوجية، كما يعملون باستحسان أبي يوسف بأخذ الكفيل، ويفرضون النفقة على الغائب، وقد عللوا ذلك بقولهم « لحاجة الناس وهو أرفق بهم »[3]، وقد جاء في فتح القدير هو قول زفر ورجع اليه أبو يوسف فقوي عمل القضاء لحاجة الناس الى ذلك[4] .

وجه السياسة الشرعية في قول أبي يوسف:

إن الزوج الذي يريد الغياب، وهو ملزم بنفقة زوجته، مضار لهذه الزوجة، إذا لم يترك لها نفقة، والذي يريد أن يلحق الضرر بغيره لا يجوز أن يمكّن من ذلك، فالقاضي إذا تحقق أنه يريد مغادرة البلاد، وطلبت الزوجة منه أن يقدم لها كفيلاً يضمن نفقتها إذا غاب، يلزمه بذلك، ولو أن النفقة لم تجب بعد، وهي نفقة المستقبل، ولا يقال أن النفقة لا تجب بالحال، لأن قرائن الأحوال من الأدلة الواجب العمل بها قضاء، فالزوج الذي يريد الغياب وهو ملزم بنفقة غيره لا ضرر عليه من تقديم الكفيل، اظهاراً لصدقه وعزمه على أداء الواجب عليه لزوجته، والنفقة تختلف عن سائر الديون والحقوق بأنها لا يمكن الاستغناء عنها عادة وبدونها يفوت البدن، وحفظه من مقاصد الشريعة الضرورية، وكل وسيلة تؤدي الى حفظ الضروري فهي ضرورية، فيكون أخذ الكفيل ضرورياً، وهو موافق المقاصد الشريعة التي هي أصل السياسة الشرعية.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/٢٨.

(٢) شرح فتح القدير: ٤/٢١٢.

(٣) شرح العناية على الهداية: ٤/٢١٠ .

(٤) شرح فتح القدير: ٤/٢١٢.

المسألة الثالثة: تحليف زوجة الغائب اليمين:

قال فقهاء الحنفية: ان القاضي إذا أراد أن يفرض النفقة لزوجة الغائب، يحلفها اليمين، على أن زوجها لم يعطها نفقة، ولم تكن ناشزة منه، ولا مطلقة انقضت عدتها.

وعللوا ذلك: بأن القاضي يحتاط لحفظ حق الزوج الغائب، اضافة الى أخذ الكفيل الذي يكون ضامناً لما تأخذه من مال الزوج الغائب لتنفق منه، فإذا عاد زوجها وتبين أنها غير محقة بما أخذته من ماله، يرجع عليها أو على الكفيل[1]. ولا يكتفي القاضي بذلك بل يحلفها اليمين زيادة في الاستيثاق أن زوجها لم يترك لها نفقة، فإذا امتنعت عن حلف اليمين التي تسمى يمين الاستيثاق، أو عن تقديم الكفيل لا يحكم لها القاضي بفرض النفقة على زوجها الغائب[2].

وجاء في تعليل هذه اليمين أيضاً أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة [المادة ٢٩٢ من مواد كتاب النفقات الشرعية]، لذلك فالقاضي مجبور أن يعمل بالأولى والأنفع. ولا شك أن الأولى والأنفع هنا هو رعاية مصلحة الغائب مزيداً في الاحتياط لحقه، أما الحاضر فهو يدافع عن حقه كما يريد.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

الأصل المعمول به قضاء أن الحقوق بشكل عام تثبت بالبينة، عملاً بالقاعدة القضائية المعروفة (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر) [قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم ٧٤٨٠][3] فالمفروض أن المدعي إذا أثبت دعواه بالبينة، يجب على القاضي أن يحكم له بموجب هذه البينة، ان كانت مطابقة للدعوى، ولم يوجد مانع يمنع من القناعة بها، ولا يجمع بين بينة كاملة ويمين إلا في حالات استثنائية محددة[4] المقصود منها الاستيثاق والتأكد، مع أن البينة في

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/ ٥٤٤.

(٢) الفقه المقارن للاحوال الشخصية: ٢٥٦.

(٣) القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية: ٣٢٤.

(٤) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: ٢٣٥ .

الاصل وحدها كافية لحصول القناعة، إلا أن ما يحدث بين الزوجين من العسير الاطلاع عليه، فقد يكون الزوج أعطاها نفقتها قبل سفره، لأن هذا هو الواجب عليه ديانة، والأصل في المسلم العدالة وأنه لا يترك زوجته بدون نفقة ويسافر عنها، وهذه شبهة قد لا يطلع عليها الشهود، كما أن الشهود مطلوب منهم أن يثبتوا الزوجية فقط، ولا يطلب منهم معرفة ما إذا أعطاها النفقة أو لم يعطها، فكانت اليمين الاستيثاقية على خلاف القياس، إلا أنها احتياط ضروري لمال الغائب وحقه توجبه السياسة الشرعية، لأن الأصل القضائي في الايمان أنه لا تحليف إلا بطلب[1]، وهنا لا يوجد طالب لتحليف اليمين، إلا أنها مطلوبة قانوناً وسياسة، بحيث إذا نكلت الزوجة عن حلفها يرد القاضي دعواها، لما يظهر له أنها غير محقة في طلب النفقة، ولو كان الزوج حاضراً ما احتاج القاضي الى ذلك، لكنه مزيد احتياط تستدعيه مصلحة الغائب، وتصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة[2]، فيكون مستند هذه السياسة الشرعية هو المصلحة، وهي أصل معتبر من أصول السياسة الشرعية.

المطلب الرابع: النفقة المستعجلة

المقصود بالنفقة المستعجلة: النفقة التي يحكم بها القاضي لطالبها من أصحاب الحق بالنفقة، سواء كانت نفقة زوجة، أو أصول أو فروع، أو نفقة أقارب، ويصدر بها أمره الى المدعى عليه ليدفع مبلغاً من المال على حساب النفقة التي قد يحكم بها للمدعي، قبل أن تقوم بيّنة على الاستحقاق، بل بمجرد تقديم الطلب والقناعة به، وأخذ الكفيل من طالب النفقة على اعادتها إن لم يكن محقاً في طلبه.

وهذه النفقة إذا أمر بها القاضي أصبحت ملزمة وواجبة التنفيذ، بحيث لا تقبل طريقاً من طرق الطعن القانونية، وانما يتعين تنفيذها فوراً.

---

(١) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: ٢٣٨.

(٢) الاشباه والنظائر: ١٢١.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

واضح أن مسألة تعجيل النفقة على الوجه الذي نص عليه القانون بمجموعها، لم تستند الى أي أصل قضائي معروف عند الفقهاء، لأنها حكم على غائب وقد عُرف رأي الحنفية فيه، وهي حكم بدون دعوى بالمعنى القانوني، وهي قول مقبول لدى القاضي لها أركانها وشروطها من المدعي والمدعى عليه وعناصر الدعوى، حتى يسوغ سؤال الخصم عنها أو تكليفه بالحضور للاجابة عنها، بل ان القانون في مسألة النفقة المستعجلة، لا يوجب تبليغ المدعى عليه حضور المحاكمة، ولا تبليغه الحكم أيضاً، كما أنه حكم بدون أية بينة أو يمين استيثاق كما هو مطلوب في مسألة الحكم على الغائب بالنفقة، فهي قرار قضائي يلزم المدعى عليه بتعجيل دفع النفقة لطالبها قبل أن يتبين القاضي أنه محق في طلبه أو غير محق، ولا شك أن القرار القضائي بالزام المحكوم عليه هو حكم بالمعنى القانوني، إلا أنه حكم لم يستكمل شروطه القانونية المعتبرة، ومع ذلك فهو واجب التنفيذ الفوري بنص القانون[المادة ٩٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفقرة ب].

هذا الحكم على هذه الصورة، هو استثناء من الاصل للضرورة، وهي حفظ النفس من الهلاك، أو انتقاص الكرامة الانسانية، ومعلوم أن تكاليف الحياة المعاصرة لم تعد تسدها اللقمة والثوب، بل ان المأوى لا يقل أهمية عن ذلك، فإخراج الزوجة من بيتها وطردها الى الشارع بدون مأوى، وقد تكون غريبة عن البلد الذي يسكنه زوجها ليس لها أهل فيه، مما يوقعها في أشد الحرج ويسبب لها ضرراً عظيماً، والحكم لها بالنفقة المعجلة في هذه الحالة، مع أخذ كفيل عليها باعادة ما حكم به القاضي إذا تبين أنها غير محقة في دعواها، لا يعتبر ظلماً للمدعى عليه، بل يعتبر وضعاً للأمور في نصابها، فإذا كانت الزوجة محقة في طلبها فقد أخذت حقها، وحفظت كرامتها، وإذا لم تكن محقة ضمن الكفيل اعادة ما قبضته من المحكوم عليه، ولا ضرر على أي منهما.

فالذي أراه أن أحكام السياسة الشرعية تتسع لمثل هذا الاجراء، عملاً بمبدأ رفع الحرج وسد الذريعة الى الانحراف، وهما أصلان معتبران من أصول السياسة الشرعية. إلا أنني أرى أن أحكام السياسة الشرعية متغيرة، وتدور مع

المصلحة، وقد ثبت من خلال التطبيق العملي أن النفقة المستعجلة على الوجه الموجود حالياً لا تحقق الغاية من مشروعيتها، لأن القانون لم يحددها بنفقة الضرورة، وقد أصبحت تستغل استغلالاً ينافي مقاصد الشريعة، بل يتوصل بها الى افساد الرابطة الزوجية او وقوع الطلاق في أحيان كثيرة، حيث ان الزوجة تحصل على نفقة باهظة، لأنه لا يُطلب منها احضار أية بينة، وانما يحضر خبراء ليقدروا ما شاءوا بغياب الزوج، والقانون لم يضع لها سقفاً معيناً، وطالما أنها اعانة ومساعدة للمحكوم له فلا ينبغي أن تكون مطلقة، وانما مقيدة بنفقة الضرورة [المادة ٢٢ من المجلة، ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها] والحاجة، حتى لا تستغل لهدم الاسرة.

وبهذا تحقق النفقة المعجلة الغاية من مساعدة طالب النفقة على الحصول عليها بسرعة، لأنها لا تحتمل التأجيل والمماطلة، وكذلك تحقق مبدأ الاحتياط للغائب، فقد يظهر أنه لا يستطيع تحمل المبالغ الكبيرة، والنفقة مستمرة عليه، والزوجة المفروض لها النفقة تماطل في فصل الدعوى، فلا يجد مندوحة من الطلاق، لأنه السبيل الوحيد حينئذ لقطع هذه النفقة، والنجاة من السجن.

المطلب الخامس

تعديل النفقة وعدم سماع الدعوى

بزيادة النفقة أو نقصانها قبل مرور ستة أشهر على فرضها

نفقة الزوجة ليست مقدرة شرعاً بمقدار معين عند جمهور العلماء باستثناء الشافعية[1]، الذين قدروها بالأمداد[2]. والحق ما ذهب اليه الجمهور من عدم التقدير لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والأشخاص، فقد يعتاد أهل بلد أن يأكلوا في اليوم مرتين، وبعضهم ثلاثاً، وعادة بعض أهل البلاد أن يأكلوا أربع

(١) التفريق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي: ٥٦.

(٢) المدّ: بالضم مكيال وهو رطل وثلث عند أهل الحجاز والشافعي، ورطلان عند أهل العراق وأبي حنيفة، وأصل المد مقدر بأن يمد الرجل كفيه فيملأ كفيه طعاماً.لسان العرب المحيط: ٣/٤٥٤. ويقدر في زماننا بالغرامات وهو: ٦٧٥ غم.

مرات، كما أن الاشخاص قد يأكل بعضهم أكثر مما يأكله الآخر، وهذا الاختلاف معلوم بالاستقراء التام[1]، ومع العلم بالاختلاف يكون التقدير على طريقة واحدة ظلماً وحيفاً، كما أنه لم يثبت في هذه الشريعة المطهرة تقدير النفقة بمقدار معين بل كان ﷺ يحيل على الكفاية مقيداً ذلك بالمعروف، كما روي في حديث هند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فهذا الحديث الصحيح فيه الاحالة على الكفاية مع التقيد بالمعروف.

وما دامت النفقة مقدرة بالكفاية، ومقيدة بالمعروف، فانه قد تحدث ظروف تستدعي عدم الكفاية كارتفاع الاسعار أو غلاء الحاجات.. وتصبح النفقة المفروضة بالدراهم مثلاً غير كافية لما فرضت من أجله، وعندئذ يطلب صاحب النفقة المفروضة زيادة عليها لتغير الظرف، أو يطلب المفروضة عليه النفقة انقاصها لظرف يستدعي ذلك، وهذا هو المقصود بزيادة النفقة أو انقاصها تبعاً للكفاية والتقدير بالمعروف عند جمهور العلماء.

ولكن هل ترك القانون أمر طلب هذه الزيادة أو الانقاص دون تقييد أو تحديد بزمان، بحيث يستطيع طالب الزيادة أو النقصان أن يتقدم متى شاء باعادة التقدير، ولو في اليوم التالي لفرض النفقة؟ وبذلك يُشغل القضاء وتتأخر مصالح الناس، أم أن القضاء نظم هذه المسألة بما يحقق المصلحة ويدرأ هذه المفسدة؟

وجه السياسة الشرعية في هذه المسألة:

جاء النص الفقهي مجيزاً تعديل النفقة زيادة أو انقاصاً « ولو قضى القاضي بالنفقة فغلا الطعام أو رخص فان للقاضي تغيير ذلك الحكم[2] .

إلا أن الأمر السياسي في المسألة، ليس مجرد التعديل، وانما تحديد مدة زمنية هي ستة أشهر منع القانون من سماع الدعوى خلالها بتعديل النفقة مع أن الاصل جواز تعديل النفقة إذا غلا السعر دون تحديد بزمن معين، كما أن الاصل القضائي المعروف يوجب سماع الدعوى مطلقاً إذا توفرت شروط سماعها [حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب عليها وهذا هو المقصود بسماع

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية للشوكاني: ٢/ ٧٤ .

(٢) الفتاوى الهندية: ١/ ٥٥٠.

الدعوى[1]، وحالة تعديل النفقة ينطبق عليها هذا الاصل، إلا أن القانون قيدها بمدة زمنية هي ستة أشهر تنظيماً للقضاء على اعتبار أن هذه الفترة الزمنية تتغير فيها الأحوال، وهي مدة كافية لكشف أمر النفقة أن كانت بمقدار كفاية المدعي أم لا، وقد عرف ذلك بالاستقراء والتطبيق العملي القضائي، فهي مدة معقولة لتحقيق هذه الغاية، وهي عدم اشغال القضاء بتكرار سماع الدعوى بتعديل النفقة دون ضابط زمني، وقد رُئي أن هذا الضابط الزمني صالح عملياً، فجاء النص القانوني يمنع سماع الدعوى خلال هذه المدة عملاً بالمصلحة، وهي أصل من أصول السياسة الشرعية، حتى إذا كشف التطبيق العملي عن قِصَر هذه المدة أو طولها جاز لولي الأمر اصدار قانون يقضي بذلك، ويحقق المصلحة، لأن الحكم السياسي يتغير بتغير المصلحة، وهو أمر اجتهادي لا يجوز أن يستمر العمل به إذا ظهر عدم جدوى المصلحة التي بني عليها.

(١) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: ٤ .

المبحث الرابع
الحضانة

المطلب الأول: معنى الحضانة لغة وشرعاً

الحضانة في اللغة: من الحضن، وهو ما دون الأبط الى الكشح، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، ومنه الاحتضان، وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحضن الصبي يحتضنه حضناً وحضانة إذا جعله في حضنه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه[1] فمعناها لغة تربية الولد[2].

أما شرعاً: فهي تربية الولد لمن له حق الحضانة شرعاً في سن معينة[3]، وقيل هي: حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه كطفل، وكبير مجنون، وتربيته وتعهده بما يصلحه من طعامه وشرابه ونحو ذلك[4].

وكل معانيها في الشرع تدور حول العناية بالطفل، ورعاية شؤونه من اطعامه وارضاعه وتنظيف جسمه وثيابه وتعهده بكل ما يصلحه، حتى يستقل بنفسه ويصبح قادراً على العناية بها دون حاجة الى غيره.

والحضانة أمر يتوقف وجوده على شخصين، حاضن ومحضون، فالمحضون هو الطفل الصغير، والحاضن هو المرأة أو الرجل. والولد منذ أن يولد محتاج لمن يعتني به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه في حياته، لأنه يكون عاجزاً عن القيام بمصالح نفسه غير مدرك لما يضره وما ينفعه.

والشارع قد أناط هذا الأمر بوالدي الصغير، لأنهما أقرب الناس اليه ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له بطبيعته وفطرته، فتربية الصغير ورعاية شؤونه في المرحلة الأولى من حياته للأم، لأنها أقدر على ذلك وأما ولاية التصرف في

(١) لسان العرب المحيط: ١/٦٦.

(٢) المعجم الوسيط: ١/١٨٢.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٦٣، الشرح الصغير: ٢/٧٥٥.

(٤) مغني المحتاج: ٢/٤٥٢.

نفسه وماله في المرحلة المتأخرة من طفولتـه، فقد جعلها الشارع للأب، لأنه أقدر على ذلك أيضاً [1].

وقد اختلف الفقهاء في حق الحضانة هل هو حق للمحضون أو للحاضن أو لهما معا، والراجح في نظري أنها حق لهم جميعاً، فالمحضون صاحب حق في أن يكون عند أمه أو في حضانة النساء عموماً على الترتيب الذي أورده الفقهاء في فترة معينة من حياته، لأن النساء كما ذكر، أقدر على الحضانة في هذه الفترة، وصاحب حق في أن يكون عند أبيه أو عند الرجال على الترتيب الوارد أيضاً في الفقه في فترة أخرى، لأن الرجال فيها أقدر على التعليم والتثقيف وحمله على أخلاق الرجال، وحفظ البنت من السقوط في هوّة الفساد خاصة في عصر انتشر فيه الفساد واشتدت الحاجة الى ذلك. ومن ناحية أخرى فالحضانة حق للمجتمع في أن ينشأ المحضون نشأة صالحة بعيدة عن الفساد والانحراف، الذي يعود خطره على المجتمع مستقبلاً، أما انها حق للحاضن فهو ظاهر أباً كان أو أماً.

المطلب الثاني: انتهاء مدة الحضانة

تبدأ الحضانة من حين يولد الطفل، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى، وقد نص الفقهاء على أنها واجبة، لأن الطفل يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك[2]. ولا تثبت لغير الصغير، أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه، وقد اتفق الفقهاء على أن الحضانة في هذه السن للأم حال قيام النكاح اوبعد الفرقة، وهي أحق الناس في ذلك لأنها أقدر على رعايته في هذه السن وأكثر تحملاً بفطرتها، كما أنها أوفر شفقة، وقد استدلوا بقضاء الرسول ﷺ للمرأة بحضانة ابنها[3]، وقوله (أنت أحق به ما لم تنكحي)[4]، واجماع الامة على فعل أبي

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/ ٤١.

(٢) المغني: ٨/ ٢٣٧.

(٣) شرح فتح القدير: ٤/ ١٨٤، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/ ٢٠٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ٥٧.

(٤) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٣٦٩ .

بكر مع عمر رضي الله عنهما وقوله له (ريحها ومسها خير له من شهد عندك)[1] .

أما انتهاء مدة الحضانة فقد اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي:

مذهب الحنفية: فرق الحنفية بين انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للغلام الذكر والأنثى، فقالوا ان حضانة الأم بالنسبة للغلام تنتهي ببلوغه حداً يستقل فيه بنفسه، وقدرت ببلوغه سبع سنين، وقيل تسع سنين، والراجح عندهم أنها تنتهي بسبع سنين، لا فرق في ذلك بين أن تكون الحاضنة أماً أو غير الأم، كالجدة أو الأخت أو الخالة ونحو ذلك، وعللوا هذا التحديد بقولهم: ان الأب أقدر على التأديب من النساء بعد أن يبلغ الصغير سن السابعة، وهي السن التي يستطيع الصغير أن يتسقل فيها بنفسه عادة وغالباً.

أما بالنسبة للأنثى فقد قالوا: أن حضانة النساء للأنثى تنتهي ببلوغها سن المراهقة، واختلفوا في تحديدها أيضاً فقيل بتسع سنين، وقيل باحدى عشرة سنة، والراجح عندهم أنها تسع سنين، سواء كانت الحاضنة أماً أو غيرها[2] .

وقال الحنفية في تعليل ذلك (والاصل في الحضانة أن تستمر للبلوغ في الجارية والغلام، ولكننا تركنا القياس في الذكر للاجماع في قصة عمر وأم عاصم، وبقي الحكم في الجارية على أصل القياس)[3] .

لذلك لا خيار للغلام والجارية قبل البلوغ عند الحنفية، إذا اختلف الأبوان فيهما، لأنه ليس من الحكمة عندهم.

مذهب المالكية: يرى المالكية أن حضانة الأم تستمر بالنسبة للذكر الى بلوغه، أما الأنثى فتستمر حضانتها الى دخول الزوج بها، ولا يكفي عندهم الدعوة الى الدخول، وهذا بحق المطلقة أو من مات عنها زوجها، أما إذا كانت الأم في عصمة زوجها، فالحضانة حق للأبوين[4] .

---

(١) نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/ ٦٦.

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/ ١٨٤.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٤٦.

(٤) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/ ٢٠٧، الشرح الصغير: ٢/ ٧٥٥.

وواضح من نصوصهم، أنه لا تخيير للصغير ذكراً كان أو أنثى، لأن حضانة الأم تستمر الى البلوغ بالنسبة للذكر، والبالغ لا حضانة عليه، وله ان يستقل بالسكنى حيث شاء، وكذلك الأنثى فانها بدخولها بزوج تصبح في عصمته ولا حضانة عليها، فلا تخيير للصغير عندهم ضرورة.

مذهب الشافعية: لم يحدد الشافعية لانتهاء الحضانة مدة معلومة، بل قالوا ان الطفل يبقى عند أمه إلى أن يميز ويمكنه أن يختار أحد أبويه، وقالوا: ليس للحضانة مدة معلومة وانما يخيّر الصغير عند التنازع عليه. ونصوا على أن العبرة بالتمييز وقد يتقدم على السبع أو يتأخر عن الثمان، فالحكم في التخيير عندهم مداره على التمييز لأعلى السن، وتحديد السن موكول الى اجتهاد القاضي، فان اختار المميز أحد الأبوين ألحق به[1] .

مذهب الحنابلة: فقد رأوا أن الحضانة تستمر الى سبع سنين بالنسبة للذكر والأنثى، وبعد هذه السن يخيّر الطفل بين أبويه ويكون مع من اختاره منهما. وقالوا أن هذا ما ورد به النص، وهو قضاء عمر وعلي وشريح[2] .

يتضح مما سبق أن مذهب الشافعية والحنابلة يوجب تخيير الغلام في سن معينة أو عند التمييز ودون تحديد سن، أما مذهب الحنفية والمالكية فهو عدم التخيير، إلا أن الحنفية يقولون أن الأب أحق به قبل البلوغ والمالكية يرون أن الأم أحق به.

والذي يفهم من تعليل هذا الحكم عند القائلين بعدم التخيير، أنهم يرون أن الغلام لا قول له، ولا يعرف حظه، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه، ويمكنه من شهواته، فيؤدي ذلك الى فساده، ولأنه دون البلوغ فلا يخير، كمن كان دون السبع، لذلك نص الحنفية على انه ليس من الحكمة تخيير الغلام قبل البلوغ[3] .

---

(١) مغني المحتاج: ٣/٤٥٧.

(٢) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٣٧١.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/٤٤.

السياسة الشرعية في المسألة:

لم يرد من الشارع نص يحدد انتهاء الحضانة ببلوغ الصغير سناً معينة، ولم تفرق النصوص الواردة بين حضانة الأم للذكر والأنثى، وقد ذهب الفقهاء الى وجوب تخيير الغلام أو الجارية إذا أصبح مميزاً، ولو لم يبلغ. أما ما رآه الحنفية من عدم جواز تخيير الغلام دون البلوغ، وما عللوا به هذا الحكم، فهو موضوع السياسة الشرعية في المسألة. فقد قالوا أن هذا التخيير ليس من الحكمة وأن الصغير قبل البلوغ لا يحسن الاختيار، ولا يعرف مصلحته في ذلك، فلا فائدة ترجى من تخييره. فالحكمة هي حكم العقل وملاحظة مصلحة الصغير، وبناء الحكم الشرعي في التخيير على الحكمة رغم ورود النص فيه، وادعاء بعض الفقهاء الاجماع عليه، هو من قبيل السياسة الشرعية والاستثناء الذي تحكمه المصلحة، فهم يرون أنه ليس من مصلحة الصغير أن يخيّر في أمر لا يحسن الاختيار فيه، لأنه قد يتصرف بما يضره ولا ينفعه، وهو في هذه السن وقبل البلوغ يميل الى شهواته وملذاته، لأنه لا يعرف صالح نفسه، فيؤدي ذلك الى فساده، وما دامت مصلحة المحضون باتفاق الفقهاء مقدمة في باب الحضانة على مصلحة سواه، فكان من مصلحته ترك التخيير، ودفعه الى الأب ليعتني بتعليمه وتأديبه وتخلقه بأخلاق الرجال.

فكان قول الحنفية بعدم التخيير قبل البلوغ للغلام من باب السياسة الشرعية، ومستنده المصلحة وتقديم حق الصغير في الحضانة.

أما تحديد سن معينة لانتهاء مدة الحضانة، فهذا أيضاً مما لم يرد فيه أي نص شرعي، وانما ترك الفقهاء أمر تحديد ذلك الى القضاة، وظاهر المذهب الحنفي أنه لم يحدد أيضاً سناً معينة لدفع الذكر الى أبيه لتأديبه، بل ربط ذلك باستغناء الذكر عن خدمة النساء، فأي سن يظهر فيها ان الصغير قد استغنى عن خدمة النساء يعطى لوالده، وقد حددها فقهاء الحنفية بعد ذلك بسن السابعة أو التاسعة تبعاً للغالب وجرياً على العادة، فيكون تحديد سن انتهاء حضانة الذكر بالنسبة للنساء داخلاً في أحكام السياسة الشرعية، من حيث جواز الاجتهاد فيه وتغيره بتغير الزمان والمكان والأعراف والعادات، فلا يعني تحديد المتأخرين من فقهاء الحنفية آخر سن حضانة النساء للذكر بسبع سنوات، أن يستمر ذلك الى ما لا

نهاية في كل عصر ومجتمع، أو بالنسبة لأي غلام ولو كان مريضاً أو معتوهاً، وإنما الذي نص عليه الحنفية هو السن الذي يستغني فيها الغلام عن خدمة النساء، ولا شك أن هذه السن تختلف بين غلام وآخر، كما تختلف بين زمان وآخر، وبيئة وأخرى، فلو حكم القضاء في هذا الزمان بسن العاشرة أو الحادية عشر لاستغناء الصغير عن حضانة النساء، لا يكون مخالفاً لنص الحنفية، لاختلاف العادة والأمر مجتهد فيه، ومتروك لمراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي.

المطلب الثالث: سفر الحاضن مسقط للحضانة

اشترط الفقهاء في الحاضن ذكراً كان أم أنثى أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً على الصغير قادراً على الاعتناء به، وقد اتفقوا على أن حضانة المرأة تسقط بتزوجها من غير قريب محرم للصغير[1]. وخالفهم في ذلك الحسن البصري وابن حزم[2].

ومن هذه الشروط التي توجب سقوط الحضانة عند عدم توفرها سفر الحاضنة أو الحاضن بالمحضون سفر انتقال، بحيث لا يستطيع الآخر مشاهدته والعودة الى وطنه في نفس اليوم. فمن المعلوم أن من له حق الحضانة لا يجوز له أن يمنع الآخر من أبويه من مشاهدته، ويجب عليه أن يمكنه من ذلك[3]، والسفر بالمحضون يفوت هذا الحق، لذلك فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من تمسك بالنصوص الفقهية، وقال ان حقها لا يسقط، لأنه ليس من شروط أهلية الحضانة عدم انتقال الحاضنة، فيبقى حقها في الحضانة قائماً، ومنهم من يرى أن حقها يسقط، لأن عدم النص على كونه شرطاً لا يقتضي اهدار معناه، لأنها إذا كانت ممنوعة من الانتقال الى بلد بعيد غير وطنها الأصلي الذي عقد عليها فيه، وكان للأب منعها، فيكون الأثر العملي للانتقال الممنوع هو

---

(١) المدخل الفقهي العام: ٨/٢٣٧، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٦٩، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/٤٥.

(٢) الروضة الندية شرح الدرر البهية للشوكاني: ٢/٨٩.

(٣) المحلّى: ١٠/٣٢٣.

سقوط حقها في الحضانة، لأنه من غير الجائز أن يكون أثر مخالفتها مجرد الأثم فقط، لأن أحكام الحضانة أحكام عملية يراد ترتيب آثارها عليها في الدنيا لمصلحة الصغير.

ومن غير الجائز أن يجبرها الأب على العودة، لأنه لا سلطان له عليها بعد الطلاق لانتهاء أحكام الزوجية، فلم يبق من أثر سوى نزع الصغير منها، ولا يمكن نزعه منها ولها حق حضانته، فيترجح سقوط حق الحضانة بهذا الانتقال حتى يسوغ للأب ضمه قانوناً وعملاً.

ومن قال بعدم سقوط الحضانة بالسفر ابن حزم[1]، والجمهور على سقوطها بالسفر على النحو التالي:

جاء في مذهب الحنفية أن مكان الحضانة مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمة، فلا يسمح لاحدهما بالانتقال بالصغير خارج البلد، أما إذا كانت مطلقة منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي منه الى بلد اخر فهو على أقسام:

١ - ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك، لأن المانع هو ضرر التفريق بين الأب وبين ولده، وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها، لأن من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر أنه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضياً بالتفريق بينه وبين الطفل، إلا أن النكاح ما دام قائماً يلزمها اتباع الزوج فإذا زال فقد زال المانع[2].

٢ - وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها أن تنتقل بولدها الى بلدها لأنه لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها لعدم حصول النكاح فيه فلم يكن راضياً بحضانة الولد فيه، وبالتالي لا يكون راضياً بضرر التفريق.

٣ - وأن ارادت أن تنقل الولد الى بلد ليس بلدها ولكن وقع النكاح فيه فليس لها ذلك، لأنه ليس بلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لهما، فلم

---

(١) المحلّى: ٣٢٣/١٠.

(٢) شرح فتح القدير: ١٨٤/٤.

يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضياً بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه، وبالتالي لن يكون راضياً بضرر التفريق فاعتبر في الأصل شرطان: أحدهما أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل اليه الولد بلدها، والثاني وقوع النكاح فيه، وما لم يوجد لا يثبت لها ولاية النقل.

ومذهب المالكية أن من شروط الحضانة أن لايسافر الولي الحر عن المحضون أو تسافر هي سفر نقلة وانقطاع من بلد الى بلد مسافة ستة برد[1]، فللولي نزعة لا أقل من ذلك، إلا إذا سافرت معه فلا تسقط حضانتها. والمقصود بالسفر عندهم سفر النقلة والانقطاع لا سفر التجارة ويقال لها اتبعي ولدك ان شئت[2].

وذهب الشافعية أن سفر النقلة موجب لالحاق الصغير بأبيه وقالوا (ان افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما ان يسافر به، فان كان مخوفاً أو البلد الذي يسافر اليه مخوفاً فالمقيم أحق به، فان كان مميزاً لم يخير بينهما، وان كان السفر للنقلة فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المسافر)[3]. وعللوا قولهم بابقاء الصغير عند المقيم من الأبوين، ان في السفر خطراً وضرراً بالصغير، أما ابقاؤه مع الأب في حالة سفر النقلة فعللوه بحفظ نسبه أو رعاية لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الانفاق.

ومذهب الحنابلة في ذلك موافق لمذهب الشافعية حيث نصوا على أنه إذا أراد احد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم، فالمقيم أولى بالحضانة، لأن في المسافرة بالولد اضراراً به وإن كان منتقلاً الى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً فالمقيم أولى به، لأن في السفر خطراً به، وإن كان البلد الذي ينتقل اليه آمناً فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل[4].

---

(١) بُرُد: جمع بريد والبريد فرسخان والفرسخ ثلاثة أميال والميل أربعة آلاف ذراع وبمقياس العصر تعادل ستة عشر كيلو متراً ونصف تقريباً- لسان العرب المحيط: ١/١٨٩..

(٢) الشرح الصغير: ٢/٧٦١.

(٣) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٧٢.

(٤) المغني: ٨/٢٤٢.

السياسة الشرعية في المسألة:

من دراسة النصوص الفقهية السابقة، يتضح أنه لم يرد نص من الشارع يمنع أحد الوالدين من الانتقال بالصغير، أو يعتبر هذا الانتقال مسقطاً للحضانة، أو يعتبر ان من شروط الحضانة عدم السفر بالمحضون، وهذا ما وقف عنده ابن حزم حيث لم يعتبر السفر بالمحضون مسقطاً للحضانة.

أما ما ذهب اليه الحنفية من مراعاة مكان اجراء العقد واعتباره دلالة ضمنية على الرضا بحضانة الصغير في البلد الذي جرى فيه العقد على الزوجة وهو بلدها، فهو من السياسة الشرعية في اعتبار القرائن، والحكم بالقرائن من باب السياسة الشرعية، كما ذكر ذلك ابن قيم الجوزية[1]، فقد اعتبر الحنفية اجراء العقد بين الزوج والزوجة في بلد الزوجة رضا من الزوج بحضانة الصغير في بلدها، لأن الحضانة من آثار عقد النكاح. وهذا الرضا الضمني من الزوج مع أنه لم يصرح به ولم يذكره في العقد، معتبر عندهم وتترتب عليه الأحكام، مراعاة للقرينة واعتباراً للعرف في ذلك، ومراعاة العرف والأخذ بالقرائن هو من السياسة الشرعية.

أما تعليل الحنابلة والشافعية فيدل على أنهم خافوا على الصغير من أن يلحقه ضرر بالسفر لما فيه من خطر الطريق، وهذا اعتبار لمصلحة الصغير فيكون اجتهادهم في هذه المسألة مستنداً الى المصلحة، وهي أيضا من أصول السياسة الشرعية المعتبرة.

المطلب الرابع: نقل الولد من المصر الى القرية

ومن الشروط المسقطة للحضانة والتي اختلف فيها الفقهاء نقل الولد من المدينة الى القرية، فقد منع ذلك الحنفية وقالوا: إذا أرادت الأم أن تنتقل بالصغير من المدينة الى القرية فليس لها ذلك، إذا لم يكن قد عقد عليها في تلك القرية، وعللوا هذا المنع بأن أخلاق أهل السواد أي القرى لا تكون مثل أخلاق أهل المصر، بل تكون أجفى، فيتخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به، ولم يوجد من

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ٤.

الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذ لم يقع أصل النكاح في القرية[1] .

ووجه السياسة الشرعية في المسألة كما يظهر من هذا التعليل، مراعاة مصلحة المحضون حيث تكون البيئة الصالحة لنموه ورعايته وتخلقه بالاخلاق الحميدة، وقد كان في زمنهم ما يدعو لذلك، لما تشتهر به المدن من الازدهار، وانتشار دور العلم، ومجالس العلماء، والصفات الحميدة التي جبل عليها أهل الامصار في تلك الأوقات، في حين كان ذلك منعدماً في القرى لبعدها عن الحضارة ودور العلم ووسائل المعرفة.

وليس عندهم في هذه المسألة نص يوقف عنده، أو دليل يرتكن اليه، سوى ما رأوه من تحقق مصلحة المحضون باكتسابه الأخلاق الحميدة اينما وجدت. لذلك فان هذا التعليل لا يستقيم في كل الأحوال، ويجب أن يتغير الحكم بين زمان وآخر وبين بيئة وأخرى.

والملاحظ في هذه الأيام، أن المدينة بما فيها من صخب وضجة وسوء أخلاق، ومباهج زائفة ووسائل لهو محرم، كل ذلك يدفع الولد دفعاً الى الفساد ما لم يكن له وازع قوي وحماية غير عادية، وهذا الأمر ليس موجوداً في الريف بهذه الصورة والخطورة.

ومن ناحية أخرى ففي معظم القرى، الآن توجد وسائل العيش والعلم والمعرفة مما لا يضيع معه الولد بل هو في القرية بمنجاة عن هذه المفاسد لعدم توفرها هناك، فيكون حظه ومصلحته بالعيش في القرية دون المدينة، فلا يجوز أن يكون الانتقال بالولد من المصر الى القرية مسقطاً للحضانة في كل الأحوال والأزمان.

والذي أراه، أنه يجب على القاضي في كل واقعة تعرض عليه أن يحقق مصلحة المحضون دون مضارة لغيره، ويجب عليه أن يراعي في قضائه ظروف المكان والزمان والحادثة ويطبق في شأنها ما يهديه اليه اجتهاده، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل حال.

ويجب أن يتأكد من أن القصد من الانتقال بالصغير ليس الاضرار بالطرف

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٤/٤٥.

الآخر، فإذا ثبت له شيءٌ من ذلك رد هذا القصد على صاحبه، ولا يمكنه من الفوز على خصمه ظلماً وعدواناً، فالقاضي هو القوّام على المصالح المحققة لعدل الله في الناس، الآخذ للضعيف حقه من القوي، وللمظلوم حقه من الظالم وفي ذلك يقول ابن القيم رحمه الله تعالى بعد حكاية أقوال الفقهاء في اتحاد الدار بالحضانة « وهذه كلها أقوال لا يقوم عليها دليل يسكن القلب اليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأنفع من الاقامة اوالنقلة فأيهما كان أنفع له وأصْون وأحفظ، روعي ولا تأثير لاقامة ولا نقلة. هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر وانتزاع الولد منه فان أراد ذلك لم يجب اليه»[1].

وخلاصة القول أن ما رآه الحنفية في مسألة الانتقال بالصغير من المدينة الى القرية، مبناه على درء المفسدة عن المحضون، وهي مفسدة التخلق بأخلاق أهل الجفاء والغلظة[2]، وهذا إن وجد يكون مفسدة يجب درؤها، ومنع الحاضنة من السفر بالصغير في هذه الحالة يحقق له مصلحة التربية الحسنة، والتخلق بالأخلاق الفاضلة، ودرء المفسدة وتحقيق المصلحة من اصول السياسة الشرعية، فيكون حكم المسألة عند الحنفية مستنداً الى هذه السياسة، وهو فقه حسن إلا أنه لايجوز أن يدوم في كل حال، وانما الواجب مراعاة مصلحة المحضون، فإذا تغير الحال وأصبحت المدن أكثر فساداً من القرى كما نشاهده في زماننا، يجب أن يتغير الحكم لما فيه تحقيق مصلحة المحضون. وليس هذا من تغير الأحكام الثابتة أو تبديل شرع الله، وانما هو اجتهاد في وجه السياسة الشرعية وموطن المصلحة.

المطلب الخامس: نقل الولد الى دار الحرب

ومن مسائل الحضانة التي نظر فيها الى مصلحة المحضون مع عدم ورود نص خاص فيها، مسألة نقل الحاضنة للصغير الى دار الحرب ولو كانت وطنها الذي جرى عقد نكاحها فيه.

فقد جاء في مذهب الحنفية أن الأم إذا أرادت أن تنقل ولدها الى دار الحرب فليس لها ذلك، وإن كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد أن يكون

---

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد: ٢٦١/٤.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٦٤٢/٢.

زوجها مسلماً. وعللوا قولهم هذا بأن في ذلك إضراراً بالصبي، لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر بذلك[1].

ونص الشافعية كذلك على أن الأم ليس لها أن تنقله إلى دار الحرب، وليس ذلك للأب أيضاً، وعللوه بالضرر الواقع على الصغير من ذلك وحفظاً لنسبه[2].

وسواء كان سبب المنع هو الحاق الضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق الكفار في دار الحرب، أو الضرر الواقع عليه من حيث ضياع نسبه، فهو ضرر في كلا الحالين، ومنعاً لهذا الضرر ودرءاً للمفسدة، فقد منع الحنفية والشافعية نقل الصغير الى دار الحرب، مع أنه لم يرد في ذلك نص، ولا اشترطه اجماع إلا أن رعاية مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

ومما لا شك فيه، أن نقل الصغير الى دار الحرب حيث يتربى بين قوم محاربين وأعداء للأمة الإسلامية، وما في قلوبهم من حقد على المسلمين وما في أخلاقهم من فساد لبعدهم عن دين الحق، إضرار كبير بعقيدة الطفل وأخلاقه وربما - كما قال الشافعية - يضيع نسبه أو يلحق بالكفار لعدم قدرته على صيانة نفسه وخلقه ودينه وهو في سن مبكرة لا يعي فيها مصلحة نفسه، فكان من الخير له والمصلحة أن يتربى بين المسلمين يتخلق بأخلاقهم ويحضر مساجدهم ويتعلم بعلمهم.

ووجه السياسة الشرعية في المسألة واضح وهو دفع الضرر عن الصغير أو درء المفسدة عنه في خلقه ودينه ونسبه، ودرء المفسدة من أصول السياسة الشرعية، فكان هذا القول على هذا الوجه من أحكام السياسة الشرعية، ولا مستند له فقهاً غير ذلك.

---

(١) الفتاوى الهندية: ١/٥٤٤.

(٢) مغني المحتاج: ٣/٤٥٦.

المطلب السادس

العلم بزواج الحاضنة وعدم طلب من يليها في الحضانة الى عام مسقط حقه ويبقي الصغير عند أمه.

اتفق الفقهاء على أن زواج المرأة من غير قريب محرم للصغير مسقط لحضانتها، لقوله ﷺ (أنت أحق به ما لم تنكحي)[1]، ولم يخالف في ذلك سوى ابن حزم والحسن والبصري كما مرّسابقاً[2]. وقالوا أن زواج الأم يشغلها عن الصغير، فتترك رعايته ويضيع عندها، وربما يكرهه زوجها ويتأذى من نفقاته، فليس من مصلحة الصغير أن يعيش في بيت زوج الأم، وعندئذ تسقط حضانتها وينتقل حق الحضانة الى من يليها في ذلك، وفقاً لترتيب اختلف فيه الفقهاء اختلافاً واسعاً، معتمدين على أيهما أقرب شفقة وأولى بحضانة الصغير، وليس التوسع في ذلك من مراد هذا البحث. وإنما إذا تزوجت المرأة والصغير في حضانتها، فهذا الزواج من الأجنبي عن الصغير مسقط لحضانتها ولحقها في هذه الحضانة، ولكن إذا علم من له الحق في الحضانة بعد الأم ـ سواء كان الأب أو الجدة لأم أو الجدة لأب على اختلاف بين الفقهاء كما ذكرنا ـ ولم يتقدم صاحب الحق بطلب حضانة الصغير، بعد أن علم بزواج أمه الى أن مضى عام على هذا الزواج، فهل يسقط هذا الأمر حق من يلي الأم في الحضانة بطلب المحضون اليه وضَمّه أم لا يسقط؟

أنفرد فقهاء المالكية بحكم هذه المسألة وقالوا: إن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة، إلا أن يعلم ويسكت العام، أي يعلم من له حق الحضانة بزواجها ثم يسكت الى أن يمضي عام مع علمه بالزواج، والعام محسوب من يوم العلم المسقط، واشترطوا لذلك أن يسكت عاماً كاملاً فان سكت أقل من العام لا يسقط حقه، كما اشترطوا أن لا تتأيم الأم قبل تمام العام، فإذا تأيمت

---

(١) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٣٦٩.

(٢) انظر صفحة١١١ من هذا البحث .

أي مات زوجها فليس له انتزاعه منها كما اشترطوا أن لا يكون له عذر في السكوت مدة العام، وأن لا يقبل المحضون غيرها أو لم تكن له حاضنة غيرها فلا ينتزع منها للضرورة[1] .

وهذا الاجتهاد من فقهاء المالكية، يعرف بالقانون اليوم بالتقادم، ويعني سقوط الحق لمن له الحق في أمر من الأمور بعدم طلب حقه خلال مدة زمنية معينة، لأن عدم الطلب في هذه الحالة مع عدم وجود العذر المانع من الطلب، قرينة تدل على عدم الرغبة في الحق، ولا يجوز أن تبقى الحقوق محكومة بالرغبة الى ما لا نهاية فكان من العدل ومن الحكمة والمصلحة للتقاضي والخصوم أن يحدد فترة زمنية تكون مجالاً لطلب الحق خلالها، فإذا نكص صاحب الحق عن ذلك أو لم يتقدم بطلبه خلال تلك الفترة سقط حقه كما هو الحال في الشفعة وغيرها، والمقصود من هذه المصلحة في التحديد حث صاحب الحق على الاسراع والمبادرة لطلب حقه حتى تستقر الأمور بين الناس، ويتصرف كل صاحب حق وفق وضعه القانوني الجديد، دون مماطلة ودفعاً للاضرار بالطرف الآخر.

السياسة الشرعية في المسألة:

يتفق المالكية مع جمهور الفقهاء في القول بسقوط حق الحضانة للحاضنة، إذا تزوجت بغير قريب محرم عن الصغير، إلا أنهم لا يتركون الأمر في هذه المسألة على اطلاقه كسائر الفقهاء، ولكنهم يرون تحديد طلب هذا الحق لمن يلي أمر الحضانة بمدة زمنية معينة، وهي سنة، حتى إذا استمرت الحاضنة رغم زواجها بحضانة الصغير، ولم يبادر صاحب الحق بطلب الحضانة منها ثم انقضى العام، من غير عذر مانع للمطالبة كسفر أو صغر ونحو ذلك، فان الصغير لا ينزع من أمه رغم زواجها من أجنبي عنه، ويبقى في حضانتها ولو جاء صاحب الحق في الحضانة الذي يلي الأم في استحقاق حضانة الصغير، ذكراً كان او أنثى، وطالب بحقه في الحضانة بعد مرور العام فلا تسمع دعواه بذلك عند المالكية، ويقال له لقد تأخرت في طلب حقك، ويترك الصغير في يد أمه رعاية لمصلحته في ذلك،

---

(١) الشرح الصغير: ٢/ ٧٦٠.

لأنه يكون قد اعتاد عليها وألفها في بيت زوجها، واعتاد الزوج عليه في هذه المدة التي يرون أنها كافية للتأكد من تحقق مصلحة الصغير ببقائه عند أمه في بيت هذا الزوج كما أن ترك المطالبة بحضانة الصغير ممن له الحق في الحضانة بعد الأم مشعر بعدم رغبته في الحضانة وبقصد الاضرار بالأم، وإلا ما ترك المطالبة مدة عام، لذلك فمستند هذه المسألة في فقه المالكية، هو منع الضرر عن الصغير، والقرينة بعدم الرغبة في الحضانة من صاحبها مشعرة أيضاً بعدم حب صاحب الحضانة الذي يلي الأم في ذلك للصغير، وامساكه عند من لا يحبه لا مصلحة له فيه بل سيلحق به الأذى والضرر، من هنا كان قولهم بأن تستمر الأم بالحضانة رغم وجود المسقط لها لهذه القرينة، والحكم بالقرائن وعدم الاضرار بالصغير من أصول السياسة الشرعية، فيكون مستند فقهاء المالكية في هذه المسألة، السياسة الشرعية في رعاية مصلحة المحضون والحاضنة، وإلا فإنه لم يرد نص من الشارع يحدد مدة العام أو يلزم بها.

المطلب السابع: شرط عدم مرض الحاضنة

اشترط فقهاء المالكية والشافعية في الحاضنة أن لا يكون بها مرض يلحق الضرر بالصغير، أو تكون معه عاجزة عن رعايته والعناية به، فقد جاء في شرح الخرشي (وشرط الحاضنة العقل والكفاية أي عدم العجز والامانة وعدم جذام)[1]، وجاء في نصوص الشافعية (وأن لا يكون به مرض دائم أي بالحاضن ذكراً كان أو أنثى كالسل والفالج ولا يكون أبرص أو أجذم ولا أعمى)[2].

ومما لا شك فيه أن الحاضن إذا كان مصاباً بمرض من الأمراض السارية اوالمعدية كالجذام والسل، فان الصغير يتأذى بذلك ويلحق أشد الضرر في جسمه، إذ قد ينتقل المرض اليه لوجوده عند هذه الحاضنة المريضة، فمن المصلحة المحققة للمحضون أن لا يترك حيث المرض والعدوى، حفظاً لسلامة بدنه ونفسه من الأمراض المعدية، ومع أن هذا غير منصوص عليه بحق الحاضنة إلا أنه نص عام يأمر كل صحيح البدن سليم البنية أن يفر من المجذوم فراره من الأسد،

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/٢٠٨ .

(٢) مغني المحتاج: ٣/٤٥٦.

وفي ذلك يقول رسول ﷺ: إذا سمعتم به[1]، بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه[2] . فليس من الحكمة ابقاء الصغير في بيت يلحق به مثل هذا الاذى والضرر، ومصلحة المحضون مقدمة على مصلحة الحاضنة.

هذا من جهة ومن جهة أخرى، فان المرأة الحاضنة أو الرجل الحاضن إذا كان أحدهما مصاباً بمرض ولو لم يكن سارياً، إلا إنه يقعده عن العمل والخدمة كالفالج والعمى ونحو ذلك، فانه يكون مع هذا المرض عاجزاً عن خدمة نفسه فضلاً عن أن يخدم المحضون أو يرعاه ويتعاهده فليس من مصلحة المحضون أيضاً أن يبقى في حضانة العاجز عن خدمة نفسه أو المصاب بمرض يقعده عن ذلك.

يتضح أن الحكم في هذه المسألة من أحكام السياسة الشرعية، حيث لم يرد نص خاص به من الشارع أو اجماع يعتبره من شروط الحاضنة، إلا أن القواعد العامة ومقاصد الشريعة في حفظ البدن، وهي من الضروريات، توجب هذا الشرط وان لم يرد به نص خاص ولا وقع على مثله اجماع أو قال به إمام. كيف وقد اشترطه الشافعية والمالكية، بل ان باقي الفقهاء كالحنفية والحنابلة لا تمنع أصولهم من اشتراطه، لأنهم يرون أن الحضانة تدور مع مصلحة المحضون، وليس من مصلحته أن يصاب في بدنه بمرض سارٍ ولا من مصلحته أن يبقى عند مريض عاجز عن القيام بخدمته، مما يعرض بدنه ونفسه للأذى والضرر، وهذا لا يخالف فيه فقيه، وان لم ينصوا على اعتباره صراحة كشرط مسقط للحضانة، فان أصولهم تقضي بذلك وتحكم بموجبه.

---

(١) أي بالطاعون.

(٢) الموطأ: ٢/٨٩٦.

المبحث الخامس

النسب

المطلب الأول: النسب لغة وشرعاً

النسب: واحد الانساب، ونسبه ينسُبهُ وينسِبُه نسباً. عزاه، وقيل هو في الآباء خاصة، وقيل هو في الآباء والبلاد والصناعة، والمقصود به نسب القرابات وهو النسب الحقيقي أي انتساب الانسان الى آبائه وعزو نفسه لهم، فالنسب مصدر نسبه الى أبيه[1] .

أما شرعاً: فان النسب الحقيقي أو القرابة تسمى عند فقهاء الحنفية بالرحم، ويراد به القرابة الحقيقة وهي كل صلة سببها الولادة[2].

والنسب من أثار عقد الزواج، وهو حق للطفل، وقد قرر الفقهاء بالاتفاق فيما بينهم أن النسب يحتاط فيه رحمة بالولد حتى لا يكون هملاً[3]، ولكن ليس معنى هذا أن يفتح الباب واسعاً ليلصق الأبناء بغير آبائهم الحقيقيين، ظلماً وزوراً واغراءً لضعيفات النفوس بالزنى، وانما من رحمة الإسلام بالطفل ان لا يؤاخذه بذنب أمه فيحرمه من حق الانتساب الى أبيه، وما يترتب على هذا الحق من حفظ لنسبه في المجتمع، ورفع العار عنه، والانفاق عليه وضمه الى عشيرة تحميه وتدافع عنه، ويكون أحد أفرادها بدلاً من أن يكون مجهول النسب، شراً على سواه لا يحترم حق قرابة ولا يرعى في المجتمع إلاً ولا ذمة، فإذا كان من الممكن الحاقه بأب ينتسب اليه ولو بشبهة أو احتمال فإنه يجب المصير الى ذلك من قبيل الأخذ بأقل الضررين، إذ أن الحاق الصغير بأب أقل ضرراً من تركه مجهول النسب.

والاصل في ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ اختصم اليه سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة، في غلام فقال سعد: هو ابن أخي عتبة بن أبي

---

(١) لسان العرب المحيط: ٣/٦٢٣.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٨/٢٤٩، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٢٣.

(٣) الأحوال الشخصية فقهاً وقضاء: ٣٦.

وقاص، عهد الي أنه ابنه انظر الى شبهه. وقال عبد بن زمعة: هو أخي ولد على فراش أبي من وليدته. فنظر رسول الله ﷺ وسلم الى شبهه فرأى شبهاً بيّنا بعتبة، فقال رسول الله ﷺ هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة، فلم تره سودة قط ـ متفق عليه[1].

والشاهد أن الرسول ﷺ تحقق له شدة شبه الغلام بعتبة بن أبي وقاص، وكان هذا الشبه كافياً ليلحقه بعتبة، إلا أن وجود الفراش الصحيح لوالد عبد بن زمعة جعله يعرض عن ذلك ويلحق نسبه بصاحب الفراش، واعتبر الزنى مهدراً لا حرمة له ولا يثبت به نسب، ولو كان الشبه قوياً بالزاني. وقد اختلف الفقهاء في أحكام كثيرة من باب النسب، المهم منها ما له علاقة بالسياسة الشرعية، وسوف أبحث هذه المسائل على ضوء اختلاف الفقهاء فيها، وأبين وجه السياسة الشرعية على النحو التالي:

المطلب الثاني: مسائل السياسة الشرعية في النسب

المسألة الأولى: أكثر مدة الحمل:

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر[2]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] مع قوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]. فإذا طرحنا مدة الفصال وهي عامان من مجموع مدتي الحمل والفصال، وهو ثلاثون شهراً أي عامان ونصف، فان الباقي نصف عام أي ستة أشهر، وهي مدة الحمل بالجمع بين النصين المذكورين. وهذا استدلال ابن عباس رحمهما الله تعالى، وعليه اجماع العلماء ما عدا الظاهرية، فقد ذهبوا الى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك، وهي التسعة أشهر وما قاربها[3].

---

(١) فتح الباري: ١٢/١٢٧، شرح صحيح مسلم: ١٠/٣٧، سنن الدارمي: ٢/١٥٢.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/٣٣١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٤٥، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٢٣، الشرح الصغير: ٢/٦٦١، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٢٠، المغني: ٨/٧٩، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/١١٧.

(٣) المحلّى: ١٠/٣١٧.

أما أكثر مدة الحمل فقد اختلف فيها الفقهاء اختلافاً واسعاً، ولم يستندوا في هذا الاختلاف الى نص شرعي كما فعلوا في مسألة أقل مدة الحمل، وانما اعتمدوا على أقاويل وردت في كتب التاريخ، أو وقائع حدثت لبعض الناس دون أن يرد في ذلك نص شرعي يعتمد عليه من حديث صحيح ولا حسن ولا ضعيف مرفوع الى رسول الله ﷺ يتضح ذلك من أقوالهم المتباينة في هذه المسألة.

فقد ذهب الحنفية الى أن أكثر مدة الحمل سنتنان، وقال الشافعي أربع سنين، وهو المشهور من مذهب أحمد ومذهب مالك، وقال عبادة بن العواد أكثره خمس سنين، وروي عن الزهري أنها ست سنين، وقال ربيعة بن عبد الرحمن سبع سنين، وقال أبو عبيد أنه لاحد لأقصاها[1].

ولذلك علق بعض المحققين على هذا الموضوع بقوله: ولم يرد فيه كتاب أو سنة، ولكنه اتفق أن وقع كما تحكيه كتب التاريخ، غير أن هذا الاتفاق لا يدل على أن الحمل لا يكون أكثر من هذه المدة، كما أن أكثرية التسعة أشهر مدة الحمل لا تدل على أنه لا يكون في النادر أكثر منها، فان ذلك خلاف ما هو الواقع، والحاصل أنه ليس هناك ما يوجب القطع بل إذا كان ظاهر بطن المرأة أن فيه حملاً كان يكون متعاظماً ولا علة بالمرأة تقتضي ذلك وحيضها منقطع وهي تجد ما تجده الحامل، فالانتظار متوجه ما دامت كذلك، وأن طالت المدة. أما إذا كان ثم حركة في البطن كما يكون في بطن الحامل فلا يقول بأنها إذا مضت الأربع سنين لا يكون له حكم الحمل إلا من هو من أهل الجمود الذين لا يميزون، فإن الحمل ها هنا قد صار متيقناً بوجود الحركة التي لا تكون إلا من جنين موجود في البطن، ولا يجوز المصير إلى تجويز أن ذلك المتحرك غير جنين. وأما إذا لم يكن البطن متعاظماً وليس إلا مجرد دعوى المرأة على الحمل بانقطاع حيضها أو بغيره من القرائن التي لا تظهر وتحس، فيجب الانتظار الى انقضاء المدة الغالبة وهي التسعة أشهر، فان مضت ولم يظهر في بطنها ما يدل على أن الحمل من التعاظم والحركة فلا انتظار بعدها، لأن هذه المدة الغالبة لا تنقضي والبطن كما هي في غير الحامل، ثم يقول الشوكاني: فهذا هو الذي ينبغي

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/ ٣٣١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٤٣، الشرح الصغير: ٢/ ٦٥٩.

اعتماده في مثل هذه المسألة[1].

وانما سقت كلامه على طوله، لأثبت أن المحققين من الفقهاء اعتمدوا في حكم هذه المسألة على الغالب والمشاهدة والقرائن وما هو الواقع، وكل هذه احكام عقلية أو عادية تستند اليها السياسة الشرعية حيث لا نص ولا اجماع.

السياسة الشرعية في المسألة:

معرفة أقصى مدة الحمل مسالة ضرورية لمعرفة نسب المولود وأثباته لابيه أو نفيه، وحيث لم يرد فيها نص ولا اجماع يقطع النزاع، فقد اعتمد بعض الفقهاء على العادة الغالبة من المشاهد في مسألة الحمل ومما يقع بين النساء في ذلك، واعتبروه دليلاً تبنى عليه الأحكام في أمور هامة جداً كالنسب، وقد احتاطوا في ذلك لصالح المولود وتساهلوا حتى أوصلها بعضهم الى خمس سنين، مع أن ذلك في حكم النادر، مزيداً من مراعاة الاحتمال في اثبات النسب.

وهذا المحقق الشوكاني يبني هذا الحكم على قرائن الأحوال، ويراعي تعاظم البطن وتحرك الغلام فيه، وكل ذلك من السياسة الشرعية.

وإذا جاز للفقهاء أن يبنوا مثل هذا الحكم على هذه القرائن وظواهر الأحوال سياسة، فانه يجوز لنا في هذه الأيام وقد تقدم علم الطب تقدما مذهلاً أن نعتمده خبرة فنية في بيان أكثر مدة الحمل، فإذا غلب على الظن مدة معينة بالاستناد الى علم الطب فلنا أن نحكم بها، لأنه لم يرد في المسألة نص أو اجماع يمنع من ذلك ومدار المسألة على الحكم بالقرائن، ومنها وسائل علم الطب.

وقد أفاد الطب الشرعي أن أقصى مدة الحمل هي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً أي سنة واحدة حتى يشمل جميع الأحوال النادرة[2] . فإذا قال علم الطب مثل هذا القول، فلا يوجد ما يمنع من الأخذ به.

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/ ٣٣٤.

(٢) الطب الشرعي: ٣٥٥.

المسألة الثانية: إمكانية التلاقي:

قوله ﷺ (الولد للفراش) ظاهره يدل على ثبوت النسب بمجرد العقد الصحيح أو العقد الفاسد الذي حصل به دخول، وهو المعروف عند الفقهاء بالوطء بشبهة، احتياطاً لنسب الصغير وحتى لا يترك هملاً. وقد قضى الرسول ﷺ بذلك في حديث تنازع سعد بن أبي وقاص مع عبد بن زمعة رغم وجود الشبه بين الولد والزاني، وقال للعاهر الحجر بمعنى أنه لم يرتب حكم النسب إلا على الفراش. إلا أن الفقهاء قيدوا هذا الاطلاق الوارد في النص بحكم العقل أو بحكم العادة، فقرروا أنه يشترط مع العقد الصحيح شرط آخر تقتضيه العادة والمعقول، وهو امكانية التلاقي بين الزوجين، وأن لا يمنع من ذلك مانع حسي، لأن العقل يأبى ذلك، فلو كان الزوج مسجوناً من حين العقد وجاءت بولد ولو لستة أشهر من تاريخ العقد، فإنه من الثابت بيقين عند هؤلاء الفقهاء أن الزوجين لم يلتقيا حتى يتكون الجنين، وكذلك إذا كان الزوج غائباً في بلد بعيد كمشرقي تزوج بمغربية ولم يلتقيا، فليس من المعقول أن يكون الولد له واليك أقوال الفقهاء في ذلك:

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية الى اشتراط امكانية التلاقي لثبوت النسب، وقالوا: لو تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه بذلك، لأنه لم يحصل إمكان الوطء بذا العقد فلم يلحق به الولد، وعلقوا الحكم على إمكانه في النكاح، وقالوا: لا يجوز حذف الامكان عن الاعتبار، لأنه إذا انتفى الامكان حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز الحاقه بدفع اليقين كونه ليس منه[1]، ولأنه لا يمكن اجتماعها عادة لبعد المسافة، فلو قدم بعد العقد مباشرة كان الباقي من الزمن لا يمكن فيه الولد أو الحمل على الوجه الذي هو به، فكيف إذا علم بيقين بقاء كل منهما في محله، فلا يثبت النسب في هذه الحالة لقيام المانع العادي[2] على نفيه.

وخالفهم الحنفية في ذلك، وقالوا: ان قيام الفراش كاف، ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم فقام مقامه، كما في تزوج المشرقي بالمغربية. ويقول ابن

---

(١) المغني: ٨/٧٩، الشرح الصغير: ٢/٦٥٩، مغني المحتاج: ٢/٢٥٩.

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/١٢٣ .

الهمام (والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه، والتصور ثابت لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني)[1]. والذي يظهر أن الحنفية أيضاً يشترطون تصور التلاقي في زواج المغربي بالمشرقية، وعندهم أنه متصور بأمر خارق للعادة، لأنهم يثبتون الكرامات للأولياء، فقد يكون الزوج منهم، ويستطيع إذا كان من أهل الخطوة أن يلتقي بزوجته، وهو متصور عقلاً عندهم، وهذا كاف اضافة الى العقد الصحيح.

وهذا ما ذكره المحقق الزيلعي من الحنفية، فقد نص على أن القياس أن النسب لايثبت إذا لم يمكن الوطء، ولكن الاستحسان، وهو قول محمد الأخير، أنه يثبت لأن النسب يحتال لاثباته وهو ممكن كتزوج المغربي بالمشرقية وبينهما مسيرة سنة، فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها للامكان العقلي، وهو أن يصل اليها بخطوة كرامة من الله تعالى وقال: وهذا لا يدرك بالرأي وأحكام الشرع تبنى على الأعم الأغلب، وما زاد عن ذلك في غاية الندرة فلا تتعلق به الأحكام[2].

فالحنفية يشترطون التصور العقلي لحصول الوطء بينهما، والجمهور يشترطون امكان التلاقي عادة، وذهب بعضهم إلى اشتراط تحقق العلم بالدخول. وقد توسط المحقق الشوكاني في ذلك حيث قال: وقد افرط من قال أنه لا يعتبر امكان الوطء، وأن العقد بمجرده يكفي، فان هذا اثبات للفراش بما لا يصدق عليه اسم الفراش لا لغة ولا شرعاً، وفرّط من قال: أنه لابد من العلم بالدخول، فان معرفة هذا متعسرة جداً، فاعتباره يؤدي الى بطلان كثير من الانساب، فالتوسط بين الافراط والتفريط هو الحق[3]، فكأنه يوافق الجمهور في أن الفراش يثبت بنكاح صحيح أو فاسد مع امكان الوطء فيهما.

والواقع أن هذا القول هو الذي أميل اليه، لأن امكان التلاقي عقلاً وعادة

---

(١) الاستخدام معناه لغة طلب الخدمة، ورجل مخدوم أي له تابعة من الجن ويقصد بها هنا الرجل الذي تخدمه الجن فتفعل ما يأمرها به من أمور خارقة للعادة لا على سبيل المعجزة بل على سبيل الكرامة الثابتة لأولياء الله الصالحين. لسان العرب المحيط: ١/٨٠٠، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٣٦٩.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٣٨.

(٣) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٣١٤.

ضروري لاثبات النسب، وان لم يرد به نص، لأن هذا هو المحسوس وهو المتفق مع الواقع، فلا يمكن أن يكون الجنين بدون وطء، فالعقد الذي لم يقع به الدخول يقيناً إذا ثبت ذلك بالقرائن القاطعة كالسجن، أو الغياب البعيد الذي يتعذر معه اجتماع الزوجين، غير كاف لتصور وجود الولد عقلاً. وما ذهب إليه الحنفية من اعتبار الكرامات نادر، والأحكام لا تبنى على الاحتمالات البعيدة، ومع أنني مع استحسان الحنفية من حيث الاحتياط في اثبات النسب للولد، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يؤدي إلى الغاء حكم العقل والعادة المطردة غالباً، أو حكم الواقع المحسوس.

وجه السياسة الشرعية في قول الجمهور:

ان قول الرسول ﷺ "الولد للفراش" نص عام يدخل فيه امكان التلاقي أو عدم امكانه، إلا أن الجمهور قيدوا هذا النص، لا بنص مثله بل بالعادة والمحسوس والمعقول، فاشترطوا اضافة على العقد الصحيح امكانية التلاقي بين الزوجين، وليس لهم من مستند في ذلك سوى حكم العقل وهو ما سموه بالامكان العقلي، أو العادة المضطردة غالباً وهو ما سموه بالامكان العادي[1]، وهذا من باب السياسة الشرعية، حيث انهم قيدوا المطلق به، رعاية لمصلحة الرجل، وقد غلبوها هنا على مصلحة الصغير في اثبات النسب، ترجيحاً لحكم العقل والواقع المحسوس.

وما ذهب اليه الحنفية أيضاً من استحسان، يدخل في باب السياسة الشرعية، حيث انهم اشترطوا التصور. وتصور التلاقي عقلاً لم يرد به نص خاص، وانما النص الوارد كما ذكر جاء مطلقاً لم يشترط الامكان ولا التصور، وقد اعترفوا أن الاصل عدم ثبوت النسب بمجرد العقد، وهذا ليس اعتماداً منهم على النص، لأن النص يثبته بالفراش والفراش يثبت بالعقد، والتصور أمر زائد على النص، وقد خالفوا هذا الاصل استحساناً، لاثبات النسب والاحتياط فيه الى أبعد درجات والاحتمال البعيد، وجعلوا التصور العقلي للالتقاء قائماً مقام الالتقاء نفسه، أو امكان الالتقاء الذي اشترطه الجمهور.

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٢٦/٤.

فالجمهور رأوا أن المصلحة في عدم اثبات النسب رعاية لحق الأب، والحنفية رأوا أن المصلحة في اثبات النسب رعاية لحق الصغير، وهو أولى بالرعاية عندهم، وكل ذلك من باب السياسة الشرعية.

المسألة الثالثة: شرط أن يولد لمثله:

لا يكفي لاعتبار الزوجية فراشاً يثبت به النسب حصول العقد فقط، أو امكان الدخول أو تحقق الدخول على الخلاف السابق ذكره، بل يجب أيضاً أن يكون الزوج ممن يولد لمثله بأن لا يكون صغيراً أو مجبوباً ونحو ذلك، إذ لا يتصور عقلاً أن ينجب هؤلاء لأنه لا ماء لهم يخلق منه الطفل، **وقد اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:**

١ ـ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى عدم ثبوت النسب إذا ادعته امرأة الصغير الذي لا يولد لمثله، كأن كان أقل من عشر سنين، ولا لزوجة المجبوب أو مقطوع الانثيين. ومما جاء في اقوالهم بهذا الخصوص: أنه ان كان الزوج أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه، لأنه لا يولد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء قبل البلوغ. ولأنه لا يمكن أن يكون منه وينتفي عنه من غير لعان، ولأنه من المستحيل أن ينزل مع قطع الأنثيين. وقالوا في تعليل ذلك أن الحس يكذبه لوجود القرينة على نفيه، وقيام المانع العقلي على ذلك[١].

ويلتقي الحنفية في هذه المسألة مع رأي الجمهور، فهم يشترطون لصحة الاقرار بالنسب أن يكون المقر به محتمل الثبوت، لأن الاقرار إخبار عن كائن، فإذا استحال كونه فالاخبار عنه يكون كذباً محضاً، وبيانه كما يقولون: أن من أقر بغلام أنه ابنه ومثله لا يولد لمثله لا يصح اقراره، لأنه يستحيل أن يكون ابناً له فكان كاذباً في اقراره بيقين، فالمجبوب والخصي لا يثبت نسبه للاستحالة المادية التي عرفت بالاستقراء[٢] .

واشترطوا اضافة الى ذلك أن لا يكون الصغير معروف النسب، وأن لا يكذبه في ذلك، فلا يكفي أن يولد مثله لمثله بل لابد أن يكون مجهول

---

(١) الشرح الصغير: ٢/٦٥٩، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٢٠، المغني: ٨/٣٠.

(٢) شرح فتح القدير: ٤/١٦٩.

النسب[1]، فإذا أقر بالنسب لمعلوم النسب ولو كان ممن يولد مثله لمثله، لا يثبت النسب بهذا الاقرار.

٢ ـ وذهب الزيدية الى عدم اشتراط أن يولد لمثله بل قالوا بثبوت النسب للخصي والمجبوب، لإمكان القائه الماء في الرحم، وهو رأي الامام يحيى وعنده أنه لا عبرة بقول الأطباء أن ماءه رقيق لا يخلق منه الولد[2]، واستدل بقوله تعالى ﴿وَاللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَابَّةٍ مِّن مَّاءٍ﴾ [النور: ٤٥]، لكن صاحب البحر الزخار رد على ذلك وقال: ان فيه نظراً لاطراد العادة على أن مثله لا يولد له.

والحاصل أن جمهور الفقهاء متفقون على اشتراط أن يولد لمثله لأنه المعقول والمحسوس عادة وطبعاً، فلا يستقيم في أحكام العقل أن يقر انسان مثلاً عمره ثلاثون عاماً ببنوة انسان آخر أكبر منه سناً، لأن المعهود أن يكون الأب أكبر سناً من ابنه، وكذلك فليس من المعقول أيضاً أن يُنسب للمجبوب أو من لا ماء له أصلاً كالصغير دون البلوغ بأن امرأته جاءت بولد، وليس للفقهاء من دليل على ذلك من نص أو اجماع، وانما هو الاستقراء العقلي والعادة الغالبة المشاهدة في أرض الواقع، وهو أمر لا يستطيع العقلاء أن يتجاهلوه فعده الفقهاء شرطاً في ثبوت النسب.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

علل الفقهاء اشتراطهم أن يولد لمثله في باب ثبوت النسب كما رأينا، بالاستحالة العقلية والمحسوس دفعاً للضرر عن الأب بالحاق نسب لا دخل له فيه، وبدفع الضرر عن الصغير أيضا بالحاقه لغير أبيه، فمن مصلحته أن يلحق بأبيه الحقيقي، لا أن يلحق خلافاً للواقع برجل لا يعتبره ابناً له، وهذا سيلحق به أكبر الضرر إذا فرض عليه، حيث انه لن يعامله معاملة الأبناء، ولن يحترم حقه كولد له، بل سينظر اليه على أنه دخيل على الاسرة، وأنه يأخذ حق غيره. وليس هذا من مصلحة الولد في شيء.

والذي أراه أن مستند الفقهاء في اشتراطهم لهذا الشرط هو القرائن في

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٢٩.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/٣٣١ .

المجبوب والخصي والصغير الذي لم يبلغ، فكل هؤلاء تدل القرينة القاطعة من الواقع المحسوس والمشاهد أنهم لا ينجبون، وإذا قيل غير ذلك فهو نادر لا يبنى عليه حكم شرعي. والحكم بالقرينة القاطعة أصل من أصول السياسة الشرعية.

وما قاله الحنفية من أن الاقرار بالنسب لمن لا يولد لمثله كذب بيقين، فلا يعقل أن يحكم بالكذب المتيقن، هو أيضاً من باب الحكم بالقرائن القاطعة المستندة الى الواقع والعقل والعادة المطردة، فهو حكم يدخل في باب السياسة الشرعية ويستند الى أصولها.

المسألة الرابعة: ادعاء نفي النسب بعد مضي مدة التهنئة على الولادة:

إذا حصل الحمل في الفراش الصحيح، ووضعت المرأة مولودها، فللأب شرعاً إذا كان يتهم زوجته بالزنى أو يعتقد أن هذا الحمل ليس منه أن ينفي الولد عنه بالملاعنة، وقد ورد حكم اللعان صريحاً في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور: ٥ - ٩] فهي من الرجل شهادة مؤكدة باليمين ان زوجته زانية وأن الحمل ليس منه، كما أنها من قبل المرأة شهادة مؤكدة باليمين على عدم صحة ذلك. إلا أن هذا اللعان بين الزوجين الذي ورد مطلقاً في الآية، اشترط له الفقهاء شروطاً منها: أن لا يكون الزوج قد اعترف بالولد صراحة أو ضمناً ومنها أن يحصل النفي من الزوج في الوقت الذي تقبل فيه التهنئة بالمولود أو ابتياع آلة الولادة كالمهد، أو تقبل فيه الهدية، وهذه هي المسألة موضوع البحث وقد اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي:

مذهب المالكية: أنه يشترط في اللعان التعجيل بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، ولا يتقيد ذلك بزمان عندهم وانما يشترط عدم التاخير في ذلك[1].

وقال الحنابلة: إذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع امكانه لزم نسبه

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٢٦/٤.

ولم يكن له نفيه بعد ذلك، فالمعتبر عندهم عدم العذر في السكوت وتمكنه من النفي. وعللوا ذلك بأنه خيار لدفع ضرر متحقق عن الزوج فكان على الفور كخيار الشفعة، وقالوا ان قوله ﷺ «الولد للفراش» لا يتعارض مع ذلك، لأنه عام يخرج منه النفي باللعان فوراً حسب العرف والعادة[1] . فكأنهم يرون تخصيص عام النص بالعادة والعرف.

ومذهب الشافعية: أن للزوج الخيار في ثلاثة أيام، لأنه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفي فجعلوا الثلاثة حداً لأنه قريب وقيل: على الفور لأنه خيار غير مؤذ لدفع الضرر، فكان على الفور، فان حضرت الصلاة فبدأ بها أو كان جائعاً فبدأ بالأكل أوله مال غير محرز واشتغل باحرازه أو كان عادته الركوب واشتغل باسراج المركوب، فهو على حقه من النفي، لأنه تأخير لعذر، وان كان محبوساً أو مريضاً أو قيماً على مريض أو غائباً لا يقدر على المسير، واشهد على النفي فهو على حقه، وان لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه[2]. وقالوا: أيضاً ان هنأه رجل بالولد فقال بارك الله لك في مولودك وجعله الله لك خلفاً، وأمّن على دعائه، سقط حقه في النفي لأن ذلك يتضمن الاقرار به.

وواضح من الأمثلة المضروبة أن الشافعية يشترطون الفور إلا لعذر أو لوقت قريب لا تدل القرينة على أنه سكوته عن النفي رضا بالولد.

وذهب الحنفية: إلى أنه إذا نفاه أوان الولادة أو بعده بيوم أو يومين صح، وان سكت حتى مضى أيام ثم نفاه لا يصح، وكذ لو سكت عند التهنئة، وهذا مذهب أبي حنفية وقد قال به استحساناً، لأن النفي عقب الولادة يشق فقدر بيومين لقلته. وذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية الى تقدير ذلك بمدة النفاس، لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم[3] . وقيل في مذهب الحنفية ان تحديد المدة في ذلك متروك لرأي الامام[4]، أي أنه ليس فيها وقت محدد، وانما يقرر

---

(١) المغني: ٨/٧٦.

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٢٢.

(٣) واقعات المفتين: ١٨٧.

(٤) الجوهرة النيرة: ٢/١٥١.

القاضي قبول نفي الولد أو عدمه بالنظر الى ظرف كل قضية، والى معرفة ظروف النافي ان كان معذوراً في تأخيره أو غير معذور.

وقال غيرهم من الفقهاء لا تتقدر بمدة بل هي على ما جرت به العادة، وحكي عن عطاء ومجاهد أن له نفيه ما لم يعترف به[1].

ويظهر من أقوال الفقهاء أن جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والحنفية، يرون سقوط حق الزوج بالنفي لنسب الولد الثابت بالفراش الصحيح عن طريق الملاعنة إذا أخر ذلك عن الوقت المعتاد اليسير أو قبل بالتهنئة، لأن في هذا دلالة واضحة منه على ثبوت نسب المولود، وتأخير الملاعنة مع عدم العذر قرينة على رضاه بالحاق الولد به فليس له بعد ذلك نفيه. وعللوا قولهم هذا بأنه احتياط للنسب حفظاً لمصلحة الولد ولرفع الضرر عنه بنفي نسبه.

بينما خالفهم في ذلك عطاء ومجاهد فلم يأخذوا بهذه القرائن، وتركوا حق النفي للزوج بلا تحديد مدة تمسكاً بالاصل في ثبوت حق الملاعنة بالنص السابق الوارد في الأيات من سورة النور.

والذي أراه أن السكوت عن النفي الى أن تمضي مدة التهنئة فيه اقرار من الزوج بأن الولد منه، وإلا لبادر لنفيه بعد الولادة مباشرة بل وحتى قبل ذلك عندما يعلم بالحمل ويستمر هذا الحمل مدة تسعة أشهر وهو ساكت لا يتهم زوجته، ثم يأتي بعد الولادة بادعاء جديد مفاده أن الولد ليس منه: ان هذا لا يحكم العقل بصدقه، وان موضوع نفي النسب أخطر من أن يترك لمزاج أحد، بل لابد أن تحكمه قواعد عامة وعادات تعتبر قرائن صادقة في مثل هذه الحالة، لذلك فإنني أرى أن ادعاء الزوج نفي نسب ولده يجب أن يكون عقب الولادة وفور علمه بأن له ابناً من زوجته التي يتهمها، لأن الشارع أقام السكوت مقام الرضا في كثير من الأحيان، كما في سكوت البكر عن اعلان موافقتها على الزواج و كما في المطالبة بحق الشفعة ونحو ذلك. ومن المقرر فقهاً أنه لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان [المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية]، كما أن دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامها [المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية].

---

(١) المغني: ٨/٧٦.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

ورد النص في آية الملاعنة مطلقاً وغير محدد بفترة زمنية طالت أم قصرت، وأعطى الشارع الزوج حق نفي ولده باللعان ولم يبين وقت المطالبة بهذا الحق، هل هو حين الولادة أو بعدها أو قبلها. والاصل في المطلق أن يجري على اطلاقه ما لم يرد دليل التخصيص، ولم يرد نص من كتاب أو سنة أو اجماع يقيد وقت الملاعنة بزمن معين، إلا أن الفقهاء قيدوه بالعادة والعرف، واعتبروا قبول الزوج بالتهنئة له بالمولود اقراراً ضمنياً ببنوته ومنعوه من النفي بعد هذا الاقرار الضمني، وانما فهموا هذه الدلالة غير المنصوص عليها من القرائن، وهي أن قبوله بالتهنئة قائم مقام الرضا، وسكوته عن النفي خلال هذه المدة دليل اقراره بالنسب، وإلا فالمعهود في مثل هذه الحالات أن يبادر من يعتقد أن المولود ليس منه الى نفيه فوراً، وهذا هو الاصل كما قال أبو حنيفة إلا أنه أمهله يوماً أو يومين استحساناً، حتى لا يتسرع في أمر خطير[1] . فإذا مضت هذه المدة اليسيرة وقبل التهنئة بالولد وأمّن على دعاء المهنئين، فهو مقر بالنسب ضمناً. وحفظاً لحق الصغير في اثبات نسبه قرر الفقهاء منع الأب من نفيه بعد ذلك، احتياطاً في نسب الصغير ومؤاخذة للأب باقراره الضمني في أمر يثبت بالاحتمال. وهو فقه جيد من جمهور الفقهاء تؤيده السياسة الشرعية، لأنه حكم بالقرائن واعتبار لها، وهي من مستندات السياسة الشرعية.

المسألة الخامسة: ثبوت النسب باقرار الورثة

الاصل في الاقرار أنه حجة قاصرة على المقر ولا يتعداه الى غيره[2]، فلا تثبت الأحكام على الآخرين ولا تكون متعدية بمجرد الاقرار، لأن الاقرار هو اخبار عن فعل الانسان نفسه أما الاخبار عن فعل الغير، فهو الشهادة، وفرق بين الاقرار على النفس والشهادة على الغير، إلا أن الفقهاء في باب النسب قبلوا هذا التعدي مع أنه على خلاف الاصل، وجعلوا الاقرار حجة تثبت على الغير ويثبت بها النسب. وما ذلك إلا للاحتياط في اثبات النسب لما له من أهمية في

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢١.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٢٧.

حياة المجتمع.

فإذا حدث أن توفي زوج وله امرأة معتدة عدة الوفاة، وجاءت بولد، فان نسب هذا الولد يثبت من المتوفى إذا صدقها الورثة، وهذا ما ذهب اليه الحنفية فقد جاء في تبيين الحقائق: (أن نسب ولد المعتدة من وفاة يثبت بتصديق الورثة كلهم، وثبوته بحقهم ظاهر، ويثبت بحق غيرهم استحساناً، وإن كان القياس يأباه، لما فيه من حمل النسب على الغير وهو الميت. ووجه الاستحسان عندهم أن الورثة قائمون مقام الميت فيقبل قولهم)[1] .

وقد جاء في شرح العناية أنه يشترط أن يصدقها على الولادة جميع الورثة، أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم، كرجلين أو رجل وامرأتين منهم، وقال سعدي جلبي في حاشيته على هذا الشرح: أن الظاهر أن لا يقيد الورثة بهذا القيد، فإنه إذا كان المصدق رجلاً واحداً أو امرأة واحدة ثبت نسبه في حق الأرث[2] .

والذي يظهر لي من نصوص الحنفية في هذه المسألة أن العبرة بتصديق الورثة، فلو كانوا وارثاً واحداً أو ابناً و بنتاً فإن النسب يثبت بهذا التصديق لعدم وجود وارث سواهما، كما ان اشتراط التصديق وليس الشهادة يثبت أن المقصود هو مجرد التصديق وعدم انكار النسب من قبل الورثة، ولأنه لا عبرة بنصاب الشهادة وإلا لم ينصوا على التصديق، لأن المقصود أن يصدقوها فيما قالت من نسب الولد ولا يشهدوا بذلك. والشهادة غير التصديق.

وقد أيدهم في ذلك الشافعية حيث نصوا على أنه إذا ألحق النسب بغيره كقوله: هذا اخي أو هذا عمي ثبت نسبه من الملحق به، لأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوق النسب بشرط أن يكون الملحق به ميتاً، والمعتمد في ثبوت النسب على التصديق أي تصديق الورثة لا على الاقرار، وقد عللوا اشتراط ذلك بما في الحاق النسب من العار على الميت، والوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ المورث[3] .

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٤٤.

(٢) شرح فتح القدير: ١٧٦/٤.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٢٦١.

والحاصل أن الحنفية والشافعية يجعلون الاقرار من الورثة حجة متعدية على خلاف الاصل في ذلك، ويثبتون به النسب مع ما فيه من تحميل الحكم على الغير الذي لا يصح في الاصل إلا بالبينة الشخصية الكاملة.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

الاصل المتفق عليه في باب القضاء أن الاقرار حجة قاصرة على المقر ولا يجوز أن يتعداه الى غيره، لما فيه من الحكم على الغير بدون بينة ولا دليل، إلا أن فقهاء الشافعية والحنفية رأوا أنه من المصلحة مخالفة هذا الاصل وتقييده في باب النسب، فالمرأة المعتدة بعد الوفاة جاءت بولد وتدعي نسبه على الميت وقد يلحقه العار بذلك وهو عاجز عن الدفاع عن نفسه لموته، فلا يستطيع أن ينفي الولد أو أن يثبته، فجعل الفقهاء المذكورون ورثة الميت يقومون مقامه في هذا الأمر، فإذا أقروا للولد بالبنوة أو قالوا هو أخونا، أي ابن أبينا لزمهم هذا الاقرار ولا اشكال في ذلك، أما أن يثبت نسب الولد باقرار الورثة فقط ويلحق بالميت فهذا ما أثبته الفقهاء من باب السياسة الشرعية لحفظ نسب الولد وتصديق الورثة يدرأ المفسدة عن الميت، لأنهم ورثته في ذلك ويقومون مقامه، والأصل انهم لا يقبلون أن يلحق العار بمورثهم ولا يصدقون بنسب الولد إلا إذا كان الحمل صحيحاً وثابتاً من مورثهم.

وهذا الاعتبار من الفقهاء لا نص عليه من كتاب ولا سنة، ولكنهم حكموا قرائن الأحوال وما عليه عرف الناس في هذا الأمر، فالورثة أدرى بمصلحتهم وتصديقهم بنسب الولد يحملهم أعباء، وينقص من الحصص الأرثية ويلحق بهم الضرر ظاهراً، والعاقل لا يقر بما يضره فأقيمت هذه القرينة مقام الدليل على صدق الورثة باقرارهم بنسب الصغير، حيث ان التهمة في هذا الاقرار منتفية، لأنها لا تحقق لهم مصلحة وإنما قد تجلب لهم مفسدة من حيث نقص حصصهم الإرثية، أو وجوب النفقة عليهم للصغير المقر بنسبه لمورثهم ونحو ذلك.

فهو حكم من باب السياسة الشرعية يستند الى القرائن في نفي التهمة، والحكم بظاهر الحال، لأن الاقرار حجة قاصرة، وهم جعلوها متعدية على الميت باقرار ورثته وأثبتوا نسب ابنه منه بتصديق الورثة دون بينة، حفظاً لحق الصغير

في النسب لذلك كان هذا الحكم من السياسة الشرعية.

المسألة السادسة: ولادة التوأم والاقرار لأحدهما دون الآخر يثبت نسب الاثنين معاً:

ومن المسائل التي تدخل في باب السياسة الشرعية من موضوع النسب، مسألة ولادة التوأم، فقد تضع الزوجة توأماً أي ولدين فيأتي الزوج ويقر للأول بالنسب، وحينما تضع الولد الثاني وهما في بطن واحد ينفي نسب الثاني ويقول: هذا الولد ليس مني **فما هو الحكم في هذه المسألة؟**

١ ـ ذهب الحنفية الى أنه إذا أقر بالولد الأول لزمه الثاني لأن الاقرار بالبعض اقرار بالكل لأنهما من ماء واحد[1]، فالنفي لا يصح عند الحنفية في التوأمين، إذا حصل اقرار بأحدهما لاتحاد الماء الذي انشأهما.

والتوأمان هما اللذان خلقا من ماء واحد في زمن حمل واحد، فإذا ولد الثاني عقب الأول أو بعده بمدة تقل عن ستة أشهر، فهما توأمان لأنه لا يتصور أن يكون الثاني من ماء آخر ما دام أنه لم تجتمع له أقل مدة الحمل، فإذا نفى الزوج الأول منهما وأقر بالثاني، حدّ لنفيه الأول لأنه كذّب نفسه في هذا النفي لما أقر بالثاني، إذ هما من ماء واحد، ويثبت نسب الأول، لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يثبت بعض نسبه دون البعض لأنهما حمل واحد فهما كالولد الواحد.

وإذا أقر بالأول ونفى الثاني فإنه يلاعن بينهما، لأنه بنفي الثاني صار قاذفاً للزوجة، وهو بهذا النفي لم يكذب نفسه فيجب اللعان، ويثبت نسب الولد الذي نفاه، لأن الأول ثبت نسبه بالاعتراف فلا يصح نفيه للثاني، لأنهما من ماء واحد، ولأن النفي للثاني يعتبر منه رجوعاً عن الاقرار بالأول، ولا يصح رجوعه عن الاقرار الأول، فيثبت النسب ولا ينفع النفي.

والحاصل أن الحنفية يثبتون النسب للتوأم إذا أقر الزوج بأحدهما سواء كان الأول أو الثاني فالنسب ثابت للاثنين معاً في هذه الحالة.

٢ ـ وعند المالكية أن النفي بالنسبة لأولهما يستتبع النفي للثاني، بمعنى أن

---

(١) شرح فتح القدير: ١٢٦/٤ .

نفي الأول يصح ويتبعه الثاني، وإذا استلحق أحد التوأمين وهما من وضعا معاً وليس بينهما ستة أشهر، فان التوأم الآخر يلحق به، لأنهما في حكم الولد الواحد فلا يمكن الحاق احدهما دون الآخر[1] .

٣ ـ ومذهب الشافعية أن الزوج يمكنه نفي الثاني باللعان ويبقى النفي بالنسبة للأول على ما هو عليه، اما إذا لم ينف الثاني فان نسب الأول يثبت منه ضرورة تبعاً لثبوت نسب الثاني[2] . وفي ذلك يقول صاحب المهذب (وإذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لأنهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر وجعلنا ما انتفى منه تابعاً لما أقربه ولم نجعل ما أقربه تابعاً لما انتفى منه، لأن النسب يحتاط لاثباته ولا يحتاط لنفيه، ولهذا لو أتت بولد يمكن ان يكون منه ويمكن أن لا يكون منه الحقناه به احتياطاً لاثباته ولم ننفه احتياطاً لنفيه)[3] .

يتضح مما سبق أن الفقهاء متفقون على ان الاقرار بالنسب لأحد التوأمين يثبت النسب لهما جميعاً لأنهما في حكم المولود الواحد والخلاف بين الفقهاء انما هو في نفي أحدهما، والمسألة محصورة في الاقرار لأحد التوأمين فانه يلزم الزوج بثبوت نسب التوأم معاً في قول الحنفية والمالكية الشافعية، وعللوا ذلك بأن اقراره بالنسب لاحدهما وهما حمل واحد قرينة على اقراره الضمني للثاني، لأنهما حمل واحدة، والمدة بين وضعهما أقل من ستة أشهر فيثبت النسب. وظاهر من تعليلهم أنهم يحتاطون في اثبات النسب للصغير، وهذه من مصلحته المتحققة.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

إن قول الفقهاء المذكورين بثبوت نسب كلا التوأمين لابيهما إذا أقر بنسب واحد منها ولو أنه نفى الآخر، وعدم اعتماد قوله بالنفي رغم أنه صريح في ذلك، هو اعتماد على القرائن القاطعة في اثبات النسب والاحتياط فيه لمصلحة المولود، إذ لا يعقل أن يثبت نسب أحد التوأمين ولا يثبت نسب الآخر، وهما

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٢٨/٤.

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ١٢٣/٢.

(٣) المهذب في فقه الامام الشافعي: ١٢٣/٢.

حمل واحد بالمشاهد المحسوس، ومخلوقان من ماء واحد، لأن المدة بين وضعهما تقل عن ستة أشهر، فلا يمكن أن يكون الحمل الثاني من غير الزوج، لأن المدة هي أقل من مدة أدنى الحمل وهي ستة أشهر، فيلحق نسب الاثنين بأبيهما المقر لأحدهما، عملاً بالقرينة القاطعة أنهما منه يقيناً لأنهما حمل واحد، والحمل لا يكون من ماءين، فثبت أنه من ماء واحد هو ماء الزوج الذي أقر ببنوة أحدهما. وهذا القول من الفقهاء لا يؤيده نص ولا اجماع، وانما هو مبني على القرينة القاطعة في ذلك، والاعتماد على القرائن من باب السياسة الشرعية، فيكون حكم الفقهاء باثبات نسب التوأمين لأبيهما إذا أقر بأحدهما هو حكم سياسي تؤيده السياسة الشرعية، ويشهد له أصل من أصولها، وهو اعتماد القرائن القاطعة وصحة بناء الأحكام عليها، ولو لم يرد بذلك نص خاص.

الفصل الثالث
في الطلاق والعدّة

المبحث الأول
الطلاق

المطلب الأول: الطلاق لغة وشرعاً

الطلاق لغة: اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام بمعنى التسليم، أو مصدر طلقت طلاقاً. والطالق من الابل هي التي أطلقت في المرعى[1]، وقيل هي التي لا قيد عليها، وطلاق النساء له معنيان أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والارسال، ويقال للانسان إذا عُتق صار طليقاً أي صار حراً.

فالطلاق هو رفع الوثاق مطلقاً سواء كان حسياً كوثاق البعير أو معنوياً كوثاق المرأة. ومثله الاطلاق. فلفظ الطالق والطلاق يستعملان في اللغة لرفع القيد الحسي والمعنوي، إلا أن العرف ـ كما يقول بعضهم[2]، قصر الاطلاق على رفع القيد الحسي وقصر الطلاق على رفع القيد المعنوي، ففي العرف يقال: السجين مطلق سراحه ولا يقال طالق سراحه، وكذلك يقال طلّق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها.

أما في الشرع: فقد عرّفه ابن عابدين بأنه رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص

(١) لسان العرب: ٦٠٦/٢ .

(٢) احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: ١٢٤.

ولو مآلاً [1]، وقيل: هو حل قيد النكاح [2]، وعرّفه بعضهم بأنه تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح [3]، ومن المحدثين من عرّفه بانه: حل رباط الزوجية الصحيحة في الحال او المآل بعبارة تفيد ذلك صراحة أو ضمناً تصدر من الزوج أو القاضي بناء على طلب الزوجة [4].

ويلاحظ على هذه التعريفات ما يلي:

١ ـ ان تعريف الطلاق بأنه رفع عقد النكاح أو حل رباط الزوجية يلتقي مع المعنى اللغوي للطلاق، لذلك فهو أولى بالاعتبار، لأن الأحكام الشرعية ومنها الطلاق لها تعلق بمدلولات اللغة، أمّا التعبير عنه بأنه تصرف مملوك للزوج فهو بعيد عن المعنى اللغوي كما أن التصرف لفظ مطلق يدخل فيه ما يتوقف على قبول الطرف الآخر كالعقود الرضائية التي تحتاج الى عاقدين، والعقود التي تتم بالارادة المنفردة ولا تتوقف على قبول الطرف الآخر، ومنها الطلاق في بعض صوره، لأن الطلاق قد يتوقف على ارادة الطرف الآخر في صُوَرِهِ الأخرى كالطلاق على مال أو المخالعة لذلك يرى أن التعبير عن الطلاق بالتصرف غير دقيق؛ لأنه يدخل فيه سائر العقود ولا يميزه عن غيره كقولنا رفع قيد الزواج.

٢ ـ ان تعبير بعض الفقهاء عن الطلاق بأنه يحدثه الزوج بلا سبب، لا يلتقي مع معنى الطلاق المشروع، لأن الطلاق على قول بعض الفقهاء [5]، لا يشرع بلا سبب بل يكون مكروهاً، والاصل كما يقولون أن لا يقع الا لحاجة. فلو اكتفى بقوله يحدثه الزوج لكان أولى.

٣ ـ ان تقيد عبارة الطلاق بصدورها من الزوج اوالقاضي غير دقيق؛ لأنه لا يشمل صورة تفويض الطلاق الى الزوجة، ففي هذه الحالة تصدر العبارة من الزوجة بما ملّكها من حق تفويض الطلاق اليها، ويقع الطلاق بعبارتها وليست

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٤.

(٢) المقنع في فقه الامام احمد: ٣/ ١٣٢، .

(٣) مغني المحتاج: ٣/ ٢٧٩.

(٤) احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: ١٢٤.

(٥) المقنع في فقه الامام احمد: ٣/ ١٣٢.

من الزوج ولا من القاضي كما قيدها التعريف المذكور.

لهذا أرى أن تعريف ابن عابدين من الحنفية للطلاق بأنه: رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص ولو مآلاً هو أقرب هذه التعريفات الى الصواب لما يلي:

أولاً: لأنه اطلق التعريف ليشمل كل أنواع الطلاق سواء من الزوج أو من المفوَّضة أو من القاضي، وسواء كان بالارادة المنفردة أو على مال، ليشمل المخالعة بين الزوجين.

وقوله بلفظ مخصوص أيضاً على اطلاقه ليشمل كل الفاظ الطلاق الصريحة منها والكناية، وحتى حكم القاضي برفع عقد النكاح، طلاقاً كان أو فسخاً.

ثانياً: احترز بقوله ولو مآلاً للطلاق الرجعي الذي لا يزيل الزوجية في الحال، بل تبقى بعض أحكامها مثل: العدة، وحق الرجعة خلالها بدون موافقة الزوجة، ونحو ذلك.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق

جاءت أحكام الشريعة لتحقيق مصالح العباد، وفي ذلك يقول سلطان العلماء رحمه الله: "التكاليف كلها راجعة الى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم والله غني عن عبادة الكل ولا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين"[(1)].
من هنا كانت مشروعية الطلاق اكمالاً للمصلحة في النكاح، لأن أحد الزوجين قد لا يوافقه النكاح فيطلب الخلاص، فمكنه الشارع من ذلك، وجعله عدداً، وجعل حكمه متأخراً ليجرب نفسه في الفراق كما جربها في النكاح، ثم حرّم الشارع الزوجة على زوجها بعد فراغ العدد، قبل أن تتزوج بزوج آخر، ليتأدب الزوج بما فيه غيظه وهو الزواج الثاني، على ما عليه جبلة الفحولة، بحكمته تعالى ولطفه بعباده[(2)].

والطلاق مشروع في نفسه، إلا أنه ممنوع عنه لغيره، لأن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا والطلاق ابطال له، وابطال المصلحة

(١) قواعد الاحكام في مصالح الأنام: ٢/٧٣.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/١٨٨.

مفسدة ﴿وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾ [البقرة: ٢٠٥]، وهذا معنى الكراهة الشرعية عند الحنفية بخصوص الطلاق أي أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به، إلا أنه قد يخرج - كما يقول صاحب البدائع - (من أن يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطباع)[1].

وقوله ﷺ « أبغض الحلال الى الله الطلاق»[2]، يفيد أن الطلاق وان كان حلالاً إلا أن الأولى عدم ارتكابه، لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض، كأن تكون بذيئة اللسان، وقد يحرم الطلاق إذا علم الزوج أنه ان طلقها وقع في الزنا ولا قدرة له على الزواج من غيرها[3].

وعلى كل حال فان الطلاق مشروع ويقع بالالفاظ الدالة على ذلك صراحة او ضمناً، على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن، أو قبل انقضاء عدتهن في الطلاق الرجعي، ولا يقع على الأجنبيات.

وأجمع المسلمون أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. وان المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها باجماع الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]. أما المدخول بهن وذوات الاقراء الحرائر إذا طلّقن، فعدتهن ثلاثة قروء، والحوامل منهن عدتهن وضع الحمل واليائسات فعدتهن ثلاثة أشهر، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء[4].

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣/٨٨.

(٢) سنن أبي داود: ٢/٢٥٥ .

(٣) الشرح الصغير: ٢/٥٣٥.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٨٥، المغني: ٧/٥١٥، مراتب الاجماع: ٧٥.

المطلب الثالث: مسائل السياسة الشرعية في الطلاق

أن أحكام الطلاق كثيرة لا يمكن التوسع فيها بهذا المقام، إلا أنه بعد الاطلاع عليها ودراستها، رأيت أن أحصر البحث فيها بالمسائل التالية التي لها علاقة بالسياسة الشرعية عند الفقهاء وهي:

١ ـ وقوع الطلاق الثلاث المكرر في مجلس واحد، وقد يكون بلفظ واحد مثل أنت طالق ثلاثاً، أو بثلاثة ألفاظ متفرقة مثل أنت طالق ـ أنت طالق ـ أنت طالق.

٢ ـ طلاق السكران ووقوعه تعزيراً.

٣ ـ طلاق الأخرس مع القدرة على الكتابة لا يقع بالاشارة استحساناً.

٤ ـ صيغة علي الحرام وما شاكلها من الطلاق الكنائي إذا شاع استعمالها عرفاً في الصريح يفتى بوقوعه بلا نية.

المسألة الأولى: وقوع الطلاق المكرر في مجلس واحد

اتفق الفقهاء أن طلاق المرأة طلقة واحدة في طهر لا وطء فيه وتركها حتى تمضي عدتها هو طلاق السنة لأنه أقل ضرراً بالمرأة حيث لم تطل عليها العدة، ولم يقل أحد من الفقهاء أنه مكروه إذا كان لحاجة[1] ، مع أن بعضهم يقول أنه لا يباح إلا للضرورة [2].

وهذا هو الطلاق الذي اذن به الشارع لقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وهذا يعني أنه يقع مرة بعد مرة، والثالثة يكون بعدها التسريح باحسان، وواضح أن هذا في المدخول بها، لأن غير المدخول بها تبين من زوجها بطلقة واحدة، لأنه لا مجال لارجاعها إذ الرجعة تكون في العدة ولا عدة على غير المدخول بها.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ٦٠، المبدع في شرح المقنع: ٧/ ٢٥١، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤١٩، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨٠.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/ ١٨٨.

وهذه المسألة ليست في محل النزاع، وانما صورة المسألة موضوع البحث هي: أن يكرر الطلاق أكثر من مرة بلفظ واحد أو بالفاظ مختلفة في مجلس واحد، كأن يقول لزوجته أنت طالق ثلاثاً، أو طلقتك ثلاثاً أو أكثر، أو يقول لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ثلاث مرات بصيغة واحدة، أو بصيغ مختلفة لكنها تقع في الفاظ الطلاق الصريح، كأن يقول لها أنت طالق، أنت مسرحة، أنت مفارقة ونحو ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الطلاق في هذه الحالة هل يقع به طلقة واحدة أو تقع الثلاث؟ والسبب في اختلافهم أن الحكم الذي جعله الشارع من البينونة للطلقة الثالثة، هل يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم لا يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع[1]؟ فالشارع أعطى الحق للزوج في ايقاع الطلاق لحكمة ذكرت سابقاً، وجعل الطلاق رجعياً لإفساح المجال أمام الاسرة لتدارك ما فاتها من أسباب الطلاق الرجعي، ولكن الزوج إذا تعجل ايقاع الطلاق البائن، واستعمل حقه في جميع ما يملكه من الطلقات الثلاث مرة واحدة، وفوت على نفسه وعلى الاسرة فرصة الرجعة الى الحياة الزوجية، هل يقره الشرع على ذلك، أو لا يعتبر الشرع هذه المخالفة لحكمة مشروعية الطلاق، ولا يوقع عليه الا طلقة واحدة تنفيذاً للحكم الشرعي في ذلك، ولا اعتبار لما يخالف حكم الشرع؟!

للعلماء في حكم هذه المسألة اتجاهان رئيسيان:

الأول: تقع الثلاث وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم[2].

والثاني: تقع طلقة واحدة فقط، وهو مذهب عبد الله بن عباس وابن تيمية وابن القيم، وروي عن الشيعة انه لا يقع لأنه بدعة محرمة. فيكون اتجاهاً ثالثاً في المسألة[3].

وهناك من العلماء من فرّق بين المدخول بها وغير المدخول بها، فقال اذا

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ٦٣.

(٢) المحلّى: ١/ ١٦١.

(٣) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٢٦٠.

طلق الرجل زوجته ثلاثاً بلفظ واحد فانه يقع في المدخول بها ثلاثاً وبغيرها واحدة، وهو مروي عن بعض أصحاب ابن عباس[1] وهذا الاتجاه يمكن ادخاله في الاتجاهين الأول والثاني فلا يفرد ببحث مستقل.

اما اصحاب الاتجاه الأول:

فقد جاء في مذهب الحنفية أن تطليق الزوجة ثلاثاً في طهر أو بكلمة واحدة بدعي، سواء قال طالق طالق طالق، أو طالق بالثلاث من باب اولى. وقالوا: الطلاق شرع في الاصل بطريق الرخصة ولا حاجة إلى البائن، لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان البائن طلاقاً من غير حاجة فلم يكن سنة، لأن فيه احتمال الوقوع في الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة[2].

إلا أنهم جعلوا حكمه حكم الطلقة الثالثة، وقالوا انه يقع ثلاثاً كما تلفظ بها، واستدلوا بقوله ﷺ «ثلاث جِدُّهن جد وهزلهن جد»[3]، ومنها الطلاق، واستدلوا ايضاً باجماع الصحابة على فعل عمر حينما امضاه عليهم ثلاثاً، فلم يخالفه في ذلك احد. واجابوا عما روي عن عمر رضي الله عنه في حديث ابن عباس (كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وزمن ابي بكر وصدراً من خلافة عمر وفي رواية وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم فامضاه عليهم)[4]، انه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث، واخبار عن تساهل الناس في مخالفة السنة في الزمان المتأخر عن العصرين، كأنه قال: الطلاق الموقع الآن ثلاثاً كان في ذينك العصرين واحدة، أو قوله طالق، طالق، طالق، كانت طلقة واحدة لقصدهم التأكيد والاخبار، وصار الناس بعدهم يقصدون به الانشاء والتحديد، فألزمهم عمر ذلك لعلمه بقصدهم، يدل عليه قول عمر: قد استعجلوا في امر كانت لهم فيه اناة[5] .

---

(١) المرجع السابق.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣/٩٦، رد المحتار على الدر المختار: ٤١٩.

(٣) نيل الاوطار، للشوكاني: ٢٥٨/٦.

(٤) شرح صحيح مسلم: ٦٩/١٠، المحلى: ١٧٠/١٠.

(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٩٢/٢.

ومذهب المالكيـة ان المطلقة ثلاثاً بلفظ واحـد مطلقة لغيـر سنة، ولكنهم قالوا انه يقع كما كرره. سواء عطف بواو أو فاء أو ثم أو بغيره، لزمه ما كرر مرتين أو ثلاثاً في المدخول بها لان الرجعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة، وكذلك غير المدخول بها، فإنه يلزمه بقدر التكرار مرتين أو ثلاثاً[1].

ويلاحظ انهم اوقعوا الثلاثة ايضاً على غير المدخول بها، روى ابن حزم عن الحكم بن قتيبة أنه سئل عمن قـال لزوجته غير الداخل بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق فقال: تبين بالتطليقة الأولى والثنتان التي اتبع ليستا بشيء[2]، مع أنها في الطلقة الأولى تبين من مطلقها، لعـدم العدة ولا تكون محلاً للطلاق بخلاف الرجعية. فكأنهم يرون ان الطلاق البائن يلحق البائن ولو بلا عدة.

وهم بذلك يخـالفون الحنفـية الذين يشـترطون بقـاء العدة حـتى يلحق الطلاق البائنُ البائنَ أو الرجعيُّ البائن[3] .

ومذهب الشـافعية وقـوع الثلاث عند جمعـهن، أما عند فصلهن فـانه أن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق وتخللها فصل فثلاث طلقات، أما أن لم يتخللها فصل: فإن قصد تأكيداً فواحدة، أو قصد استئنافاً فثلاث[4] .

والحاصل عندهم أنه إن جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث [5]. واستـدلوا بحديث ركـانة بن عبـد يزيد، أنه طلق امـرأته البتة ثـم أتى رسول الله ﷺ فقـال: يا رسول الله، اني طلقت امـرأتي سهيـمة البتـة، والله ما أردت إلا واحدة، فقال النبي ﷺ:

والله ما أردت إلا واحـدة، فقال ركـانة: والله ما أردت إلا واحـدة، فردها رسول الله ﷺ[6].

---

(١) الشرح الصغير: ٢/ ٥٧١.

(٢) المحلّى: ١٠/ ١٧٥.

(٣) القرارات القضائية في الأحوال الشخصية: ٢٠٤.

(٤) مغني المحتاج: ٣/ ٢٩٦.

(٥) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ٧٩.

(٦) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٢٥٥.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لو لم تقع الثلاث إذا أرادها بهذا اللفظ، لم يكن لاستحلافه معنى. ثم أنهم أجابوا عن حديث عمر السابق بما أجاب به الحنفية، من أن معناه أن الطلاق المعتاد في الزمن الأول كان طلقة واحدة، وصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة، فنفذه عليهم، فيكون أخباراً عن اختلاف عادة الناس لا عن تغير حكم في مسالة واحدة، ومعناه كان الطلاق الثلاث الذي يوقعونه الآن دفعة واحدة، انما كان في الزمن الأول يوقعونه واحدة فقط، وهذا يفهم من لفظ الاستعجال، وقوله: انه كان للناس فيه أناة، اي مهلة في الطلاق فلا يوقعونه إلا واحدة واحدة فاستعجل الناس وصاروا يوقعون الثلاث دفعة واحدة، وإلا إذا كان معنى الحديث أن ايقاع الثلاث دفعة واحدة كان في الزمن الأول انما يقع واحدة، وهكذا في الزمن الثاني قبل التنفيذ، فما الذي استعجلوه؟

وأجابوا بجواب آخر مفاده أنه محمول على من فرق اللفظ فقال أنت طالق أنت طالق أنت طالق، فكانوا أولاً يصدقون في ارادة التأكيد لقلة الخيانة فيهم، فلما كان زمن عمر رضي الله عنه ورأى تغير الأحوال لم يقبل ارادةالتأكيد وامضاه على الاستئناف، وذكر النووي في شرح مسلم: ان هذا أصح الأجوبة. وقال السبكي: أنه أحسن محامل الحديث. وشنع صاحب مغني المحتاج على من قال لا تقع إلا واحدة بقوله: « واختاره بعض المتأخرين ممن لا يعبأ به واقتدى به من اضله الله تعالى»[1] .

أما مذهب الحنابلة فقد جاء فيه: أنه إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث، وهو مثل أنت طالق ثلاثاً ، وقد نصوا على كراهة ذلك، وأجابوا عن قول عمر في ايقاع الثلاث: أنه إنما جعله لاكثارهم منه، فعاقبهم على الاكثار منه لما عصوا بجمع الثلاث، فيكون عقوبة من لم يتق الله من التعزيز الذي يرجع الى اجتهاد الائمة[2]، وهذا الجواب يصلح لمن يرى أنه يقع طلقة واحدة إلا إذا رأى الامام ايقاعه ثلاثاً على أساس أنه تعزير.

وقالوا: ان الرواية عن أحمد اختلفت في وصف هذا الطلاق، فقيل انه غير

(١) مغني المحتاج: ٣/٣١١.

(٢) المبدع في شرح المقنع: ٧/٢٦١.

محرم، وقيل: انه طلاق بدعة محرم، إلا أنه ان طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة وقع ثلاثاً وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق عندهم بين أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده، وقالوا: ان معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ، وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله، ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه[1].

ويلاحظ أنهم يلتقون مع جمهور العلماء في وقوع الطلاق الثلاث بهذا اللفظ، كما يلتقون مع مذهب المالكية في وقوعه قبل الدخول وبعده، وأن البائن يلحق البائن، ولو مع عدم وجود العدة في غير المدخول بها.

ومذهب ابن حزم أيضاً وقوع الثلاث جاء. في المحلى: فان طلقها في طهر لم يطأها فيه، فهو طلاق سنة لازم كيفما أوقعه، ان شاء طلقةً واحدة، وإن شاء طلقتين مجموعتين، وإن شاء ثلاثاً مجموعة[2].

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

فقد رأوا أن طلاق الرجل لزوجته ثلاثاً بكلمة واحدة لا تقع بها الا طلقة واحدة. ومن هؤلاء ابن عباس، وشيخ الاسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، وممن قال به أيضاً أبو اسحق، وطاووس، وعكرمة. وقد استدلوا بحيث ابن عباس الذي رواه مسلم في صحيحه وقد سبق ذكره وعلق عليه ابن تيمية بقوله «ان عمر رضي الله عنه الزم المطلق ثلاثاً بكلمة واحدة بالطلاق وهو يعلم أنها واحدة، ولكن لما أكثر الناس منه رأى عقوبتهم بالزامهم به، ووافقته على ذلك رعيته من الصحابة، وقد أشار هو الى ذلك فقال ـ أي عمر ـ: أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو انا أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم، ليقلوا منه، فانهم إذا علموا أن أحدهم إذا أوقع الثلاث جملة وقعت، وأنه لا سبيل له الى المرأة، امسك عن ذلك فكان الالزام به عقوبة منه لمصلحة رآها، ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت في زمن النبي ﷺ وأبي بكر تجعل واحدة، بل

---

(١) المغني: ٧/ ٣٧٠.

(٢) المحلّى: ١٠/١٦١.

مُضى على ذلك صدر من خلافته حتى أكثر الناس من ذلك، وهو اتخاذ لآيات الله هزوا فلما أكثر الناس من ذلك عاقبهم ثم انه ندم على ذلك قبل موته، كما ذكره الاسماعيلي في مسند عمر، فقلت لشيخنا القائل هو ابن القيم ـ: فهلا تبعت عمر في الزامهم به عقوبة فان جمع الثلاثة محرم عندك، فقال أكثر الناس اليوم لا يعلمون أن ذلك محرم، ولا سيما والشافعي يراه جائزاً فكيف يعاقب الجاهل بالتحريم؟

ثم قال ابن تيمية: أيضاً فان عمر الزمهم بذلك وسدّ عليهم باب التحليل، أما هؤلاء ويقصد جمهور الفقهاء ـ فيلزمونهم بالثلاث، وكثير منهم يفتح لهم باب التحليل، فانه لابد للرجل من امرأته، فاذا علم أنها لا ترجع اليه إلا بالتحليل سعى في ذلك. والصحابة لم يكونوا يسعون في ذلك، فحصلت مصلحة الامتناع عن الجمع من غير وقوع في مفسدة التحليل بينهم، وأضاف قائلاً: ولو علم عمر أن الناس يتتابعون في التحليل لرأى ان اقرارهم على ما كان عليه الأمر في زمن رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من خلافته أولى[1].

وأكدّ هذا المعنى ابن القيم رحمه الله حينما تحدث عن تحريم نكاح التحليل ووازن بينه وبين جعل الثلاث واحدة فقال: (الزمهم عمر بالطلاق الثلاث إذا جمعوها، ليكفوا عن نكاح التحليل إذا علموا أن المرأة تحرم به، وأنه لا سبيل الى عودها بالتحليل، فلما تغير الزمان وبعد العهد بالسنة وآثار القوم، وقامت سوق التحليل ونفقت في الناس، فالواجب أن يرد الأمر الى ما كان عليه في زمن النبي ﷺ وخليفته من الافتاء بما يعطل سوق التحليل أو يقللها ويخفف شرها. وإذا عرض على من وفقه الله وبصره بالهدى، وفقهه في دينه، مسألة كون الثلاث واحدة ومسألة التحليل ووازن بينهما، يتبين له التفاوت، وعلم أي المسألتين أولى بالدين وأصلح للمسلمين)[2].

أما أصحاب الاتجاه الثالث وهم الشيعة:

فقد ذهبوا الى القول بعدم وقوع الطلاق ثلاثاً من غير رجعة بينهما، لأنه

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ١٦ .

(٢) اعلام الموقعين: ٣/٤٨.

باطل. والباطل لا يقع معه طلاق لا واحدة ولا أكثر منها، وقد وافقهم في ذلك كل من قال بأن الطلاق البدعي لا يقع لأن الثلاث بلفظ واحد أو الفاظ متتابعة من البدعي. وعدم وقوع الطلاق البدعي هو أيضاً مذهب الباقر والصادق والناصر من الشيعة[1].

واستدلوا بقوله ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)[2]، وهذا الطلاق ليس عليه أمر النبي ﷺ، كما استدلوا بقوله تعالى ﴿فامساك بمعروف أو تسريح باحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ووجه الاستدلال بالآية: انها اشترطت في صحة وقوع الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الامساك بالمعروف، إذ من حق كل مخير بينهما أن يصح كل واحد منهما، وإذا لم يصح الامساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة بعدها لذلك، وإذا لزم في الثالثة لزم في الثانية[3] .

ويجاب عن استدلالهم بالحديث بأن العموم الوارد فيه مخصص بالأحاديث الأخرى التي ذكرناها، مثل حديث ركانه وحديث ابن عباس. أما استدلالهم بالاية فمن غير المسلم أن ذلك يدل على أن الطلاق لا يقع إلا بعد الرجعة، وليس في الاية ما يدل على شيء من ذلك، كما انه إذا امتنع وقوع طلاق الثلاث فلا يمتنع وقوع طلقة واحدة، ولا سبيل لالغاء الطلاق وقد تلفظ به المكلف، فيجب أن يلزم بما تلفظ به، ويبقى الخلاف بعد ذلك في وقوع الثلاث أو الواحدة فقط. موضوع البحث في هذه المسألة.

المناقشة والترجيح:

هذان الاتجاهان الرئيسيان في المسألة، الذي يقول أحدهما بوقوع الثلاث ويقول الآخر بوقوع واحدة فقط، هما موضوع الترجيح. أما القول بعدم وقوع أية طلقة، فأقل ما يقال فيه: أنه اهدار لالفاظ المتكلم، ومخالفة صريحة

---

(١) شرائع الإسلام: ٣/٢٣، نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٦٠، احكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية: ٢/٧٨.

(٢) شرح صحيح مسلم: ١٢/١٦، فتح الباري: ٩/١٩٢.

(٣) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٢٦٣.

للنصوص، واجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم وفهم الأئمة من بعدهم.

وثمة أمر آخر في المسألة لا يترتب عليه كبير أثر في هذا البحث، وهو أن قول القائل طالق بالثلاث، هل هو مثل قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق بتكرار اللفظ أم هو غيره لأن التكرار كما قال الشافعية يحتمل التأسيس والتأكيد كما يحتمل الاستئناف [انظر ص ١٤٧ من هذا البحث]. أما مفهوم العدد في قوله طالق ثلاثاً فليس العدد فيه للحصر والتحديد ولا مفهوم له عند من يقول بالمفهوم[1]، وقد ذكر ابن تيمية أن من قال سبحان الله ثلاثاً لا يقع له أجر الثلاث وانما هي واحدة، ولا يحصل له أجر الثلاث حتى يقولها مرة، بعد مرة ولا يجمع الكل بلفظ واحد[2]، إلا أن جمهور العلماء لم يفرقوا بين الحالتين على اعتبار أن المقصود هو ايقاع الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته في مجلس واحد او في حادثة واحدة، بدون تفريق للطلاق ولا إيقاعه مرة بعد مرة، كما ورد ذلك في الطلاق السني تمشياً مع قوله تعالى ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ، لذلك لا أرى حاجة للتوسع في هذه التفرقة بين صورتي المسألة، خاصة وأن المراد ما يدخل منها في باب السياسة الشرعية، وهو وقوع الثلاث أو الواحدة بلفظ يتضمن صيغة الثلاث تكراراً أو جملة.

وباستعراض النصوص من الادلة التي استند اليها الجمهور، يلاحظ أنهم اعتمدوا حديث أبي هريرة ثلاث جدهن جد، وحديث ابن عباس في فعل عمر، وحديث ركانة بن عبد يزيد في التحليف على قصده.

أما حديث أبي هريرة، فأرى أنه ليس في محل النزاع، ولا يصلح لاثبات ما ذهب اليه الجمهور، لان الخصم لا ينكر أن جد الطلاق جد وهزله جد، ولكن هل تقع به واحدة أو ثلاث، هذا هو موضوع خلافهم.

وكذلك حديث ركانة لا يصلح للاستدلال لأي من الفريقين، لما جاء فيه من أنه طلق امرأته البتة، وهذا يحتمل انه قال أنت باتة كما يفهم من ظاهر اللفظ، أو أنه أبانها بأي صيغة من صيغ البينونة، ومنها أنت طالق بالثلاث أو أنت

---

(١) المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي: ٤٦٠ .

(٢) اعلام الموقعين: ٣/٣٣.

محرمة علي، فاذا كانت الصيغة التي أوقع فيها البينونة أنت بائنة أو مبانة أو محرمة فانها ليست في محل النزاع، والدليل إذا تطرق اليه الاحتمال ضعف به المقال وبطل به الاستدلال[1] .

ومما يدل أنه أبانها بصيغة تحتمل هذه الكنايات أو الألفاظ غير الصريحة في الطلاق، أنه قال لرسول الله ﷺ ما أردت إلا واحدة، فدل ذلك على أن الصيغة التي تلفظ بها صيغة كناية، لأنها تحتمل الواحدة وغيرها، أما صريح الطلاق فلا يحتمل مثل هذا القول، ولا يسأل فيه المطلق عن نيته، كما أنه لا يحلف على اقراره بالصريح، وانما يحلف ويصدق بيمينه اذا كان اللفظ يحتمل مثل هذه الاحتمالات في البائنة أو الرجعية. فقد يكون هذا هو المراد بقوله، وقد يكون أراد به أنه طلقها بالثلاث أيضاً، ولا ترجيح في نظري لأي الاحتمالين على الآخر.

أما ما روي عن عمر رضي الله عنه عن طريق ابن عباس، فهو موضع النزاع في المسألة، ومحل استدلال الفريقين عليها، مع جميع الروايات الأخرى الواردة بهذا الخصوص من فعل عمر، ومن أنه على عهد رسول الله ﷺ كان طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم ثلاثا[2] .

وقد اتجه الجمهور في الاستدلال بهذا الحديث عدة اتجاهات لرفع ما يظهر فيه من تناقض بين ما كان على عهد رسول الله ﷺ، وبين ما فعله عمر، فقال بعضهم محاولاً تضعيف الحديث والتشكيك في صحته « وعلى تقدير صحة هذا الحديث. أجيب عنه بجوابين»[3]، والواقع أن الحديث صحيح، وحسبه رواية الامام مسلم له في صحيحه[4].

وحاول البعض الآخر، ادعاء النسخ لرفع التعارض بين علم عمر بايقاعها زمن رسول الله ﷺ واحدة، وايقاعه لها ثلاثاً، مع عدم مخالفة الصحابة له في ذلك فقال: « ان هذا لا يمكن إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود

---

(١) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٢٦١، شرح صحيح مسلم: ١٠/٧٠.

(٢) شرح صحيح مسلم: ١٠/٦ ـ ٧٣، وفتح الباري: ٩/٣٦٣.

(٣) مغني المحتاج: ٣/٣١١.

(٤) شرح صحيح مسلم: ١٠/٧٠.

ناسخ، أو لعلمهم بانتهاء الحكم ليعلمهم باناطتة بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر»[1] . أما وجود هذه المعاني الجديدة واناطة الحكم بها، فاذا كان المقصود به تعليل النص ليدور، الحكم مع علته، فهذا من السياسة الشرعية التي سترد لاحقاً، أما قوله بوجود الناسخ، فهذا ما لا يقرُّ عليه، لأن النسخ لا يكون بالاحتمال وانما بوجود الناسخ من كتاب أو سنة أو اجماع فأين هذا الناسخ؟ كما أنه من المستبعد أن يستمر الصحابة أيام أبي بكر وسنتين من خلافة عمر على أمر منسوخ، ولا يجوز أن يكون فعل عمر هو الناسخ، لأن فعل الصحابي لا ينسخ السنة الصحيحة بمحض الرأي والنظر، وكذلك لا يقره الصحابة على ذلك.

وقال آخرون ان ابن عباس عمل بخلاف روايته، حيث نقل عنه القول بأنها كانت على عهد رسول الله واحدة فأمضاها عليهم عمر، كما نقل عنه ايقاعها ثلاثاً في الفتوى[2] ، ومن المعلوم أن الراوي إذا عمل بخلاف روايته كان ذلك طعناً في الرواية وتضعيفاً لها، وبذلك لا يصلح حديثه للاستدلال.

ويجاب عن ذلك أن هذه القاعدة عند الحنفية فقط، ولم يوافقهم عليها الجمهور[3]، فلا يجوز أن يحتج بها على المخالف، كما أن العبرة برواية الراوي ونقله عن رسول الله ﷺ، لا برأيه.

كما أراد بعضهم أن يخصصها بغير المدخول بها، لورود رواية بذلك عند أبي داود[4]، ولأن غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى، أما المدخول بها فتقع الثلاث لوجود روايات أخرى مطلقة، وهذه الروايات المطلقة التي لم تقيد بالمدخول بها، هي موضع النزاع فلا يحتج بها على القائلين بوقوعها واحدة. وقيل: أنه ورد في رواية ابن عمر أنه طلقها في الحيض فلم يحتسبها عمر لذلك[5]، ويجاب عنه أن الجمهور يوقعونها في الحيض، وأنه توجد روايات

(١) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٢٦٢.

(٢) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٢٥٨.

(٣) الابهاج على المنهاج: ٢، ١٩٢، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح: ٢/ ١٣.

(٤) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٢٥٩.

(٥) شرح صحيح مسلم: ١٠/ ٧٠ .

أخرى ليست مقيدة في الحيض أو غيره

فلم يبق سوى أن يقال: أنه من الثابت المؤكد أنها كانت على عهد رسول الله ﷺ تقع واحدة، إذا تلفظ بطلاق الثلاث بفم واحد، واستمر الحال على ذلك زمن أبي بكر رضي الله عنه، وسنتين من خلافة عمر، ثم أصبحت بعد ذلك تقع بها البينونة الكبرى فلا تحل له ما لم تنكح زوجاً غيره. وقد اتفق الجمهور القائلون بوقوع الثلاث، مع المخالفين لهم القائلين بوقوع الواحدة على صحة هذه الرواية، وأن الأمر كان كذلك، إلا أنهم اختلفوا في فهمها والمراد منها. يظهر ذلك من اجابتهم على هذه الرواية، وبيانهم سبب أخذهم بفعل عمر، وعدم أخذهم بما كان عليه العمل زمن رسول الله ﷺ وزمن أبي بكر وسنتين من خلافة عمر، فقالوا: انه اخبار عما كان يحدث في الزمن الأول، حيث كانت عادة الناس في ايقاعه طلقة واحدة، ثم صاروا في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة، فهو أخبار عن عادة الناس، لا عن تغير حكم في مسألة واحدة.

والواقع أن النص الوارد في معظم الروايات لا يسعف هذا التأويل، فليست المسألة مسألة تاريخ أو أخبار عن عادة الناس، وانما هي أحكام شرعية تطبق، وقد ثبت من فعل ابن عباس راوي الحديث أنه افتى بوقوعها ثلاثاً، وأنه قال للسائل عصيت ربك فلم يجعل لك مخرجاً، وحرم زوجته عليه، كما جاء في بعض الروايات ان ابن عباس سئل: أتعلم أن الثلاث كن يرددن على عهد رسول الله ﷺ الى واحدة؟ قال نعم[1].

فالمقصود من حديث ابن عباس واضح في أن من طلق زوجته ثلاثاً بكلمة واحدة في زمن الرسول ﷺ كان يوقعها عليه واحدة، وكذلك في زمن أبي بكر، الى أن جاء عمر واجتهد بخلافه.

أما قولهم في الوجه الآخر أنه جواب على هذه الرواية، وهو أنها محمولة على من فرق اللفظ فقال أنت طالق أنت طالق أنت طالق، ولا تشمل من قال أنت طالق ثلاثاً، فكانوا على زمن رسول الله ﷺ يصدقون إذا قالوا أردنا التأكيد، لقلة الخيانة فيهم فلما جاء عمر لم يقبل قولهم، لتغير الأحوال وامضاه

---

(١) اعلام الموقعين: ٣/٣١.

على الاستئناف. فإن نص الحديث لا يسعفهم أيضاً لأن الصيغة فيه جاءت مطلقة، فهي ثلاث بكلمة واحدة، فتشمل اللفظ المتفرق والمجتمع، وتقييد المطلق يحتاج الى مقيّد، كما أن حمله على بعض وجوهه بدون دليل تحكم، والتحكم في الاستدلال باطل.

إلا أنه يلاحظ في استدلالهم اعتبار لتغير الحال، فقد أشاروا الى أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لما تغير حالهم من الصدق الى عكسه حمل أقوالهم في الطلاق على الاستئناف، ولم يقبل منهم ادعاء التأكيد عملاً بقرائن الأحوال، من تغير الناس بين زمن رسول الله ﷺ وزمنه هو، وهذه المراعاة لتغير أحوال الناس، وتغير الفتوى تبعاً لها، هي من السياسة الشرعية.

وقد أصاب من الحنابلة من حمل الرواية على العقوبة والزجر وجعل امضاء الثلاث عليهم لاكثارهم منها على خلاف السنة، فعاقبهم على الاكثار، وأوقعها عليهم تعزيراً، يرجع الى اجتهاد الحاكم[1] . فهو يوافق الاتجاه الثاني على أنها كانت تقع في زمن رسول الله ﷺ واحدة وان كانت بلفظ الثلاث، إلا أنهم استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، واستعجالهم هذا مخالف للسنة، وقد رأى أنه كان من سبقه يتساهل معهم حيث لم تكن تقع فيهم بكثرة، فلما استكثروا منها بغير حق، رفع عنهم حكم التساهل وأمضى عليهم ما تلفظوا به عقوبة وزجراً، وللحاكم أن يفعل ذلك كما قالوا.

وهذا الاتجاه من الحنابلة يلتقي في فهمه وتعليله مع ما ذهب الله أصحاب الاتجاه الثاني، إلا أنهم قالوا تقع ثلاثاً، وقال أصحاب الاتجاه الثاني تقع واحدة.

وقد علل أصحاب الاتجاه الثاني فعل عمر رضي الله عنه بقولهم: انه لم يخف عليه أن السنة ان تقع واحدة، وأنها توسعة من الله لعباده، إذ جعل الطلاق مرة بعد مرة، وما كان مرة بعد مرة لا يملك المكلف ايقاع مراته كلها جملة واحدة، كاللعان، ولكن أمير المؤمنين عمر رأى أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق، وكثر منهم ايقاعه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم بامضائه عليهم، ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة، وحرمت عليه حتى

---

(١) المبدع في شرح المقنع: ٧/ ٢٦١.

تنكح زوجاً غيره، نكاح رغبة يراد للدوام، لا نكاح تحليل، فإذا علموا ذلك كفوا عن الطلاق المحرم، فرأى عمر أن هذا مصلحة لهم في زمانه، وأن ما كانوا عليه سابقاً هو الأليق بهم، لأنهم لم يتتابعوا فيه، وكانوا يتقون الله في الطلاق، وقد جعل الله لكل من اتقاه مخرجاً، فلما تركوا تقوى الله وتلاعبوا بكتاب الله الزمهم بما التزموه، عقوبة لهم.

والواقع الذي لا ينكره أحد أن الناس في زمن رسول الله وزمن أبي بكر كانوا أكثر التزاماً بتعاليم الدين، لقربهم من عصر النبوة كما أنهم كانوا أقرب الى الفقر منهم الى الغنى الذي ظهر في زمن عمر، وخاصة بعد الفتوحات العظيمة التي حصلت في عهده، وأثرى الناس ثراء لم يعرفوه من قبل، وبدأ يظهر فيهم شيء من التساهل في أمور الدين نتيجة لهذا الثراء العظيم الذي لم يكن يعرفه الناس في زمن رسول الله ﷺ، ولا في زمن أبي بكر، فتغير حال الناس، وما كان يناسبهم من التساهل لم يعد مناسباً لهم. يدل على ذلك ما ورد في صحيح مسلم عن طاووس(أن أبا الصهباء قال لابن عباس: هات من هناتك[1] الم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحد؟ فقال: قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم)[2].

يتضح من قول ابن عباس، أن حال الناس تغير بخصوص ايقاع الطلاق فكان في السابق غير منتشر على هذه الصورة، فقد يحدث من واحد أو أكثر. أما في زمن عمر فقد تتابع الناس فيه، وكثروا الى درجة كبيرة تفهم من قوله ـ تتابع الناس ـ ولا شك في أن ايقاع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة مخالف للسنة، لذلك كان عمر يضرب عليه، وثبت أن الرسول الله ﷺ قال لمن تلفظ به: أيلعب بكتاب الله وأنا بين ظهرانيكم[3]، مما يدل على أنه لا ينبغي للمسلم فعله على هذا النحو، فلما كان قليلاً في المجتمع كان التسامح فيه والتساهل في ايقاعه على فقر الناس وعدم قدرتهم على الزواج من ثانية، هو الأقرب الى تحقيق المصلحة، أما في زمن عمر فقد تغير الحال من عدة نواح منها: كثرة

---

(١) هناتك: اخبارك وأمورك المستغربة.

(٢) شرح صحيح مسلم: ١٠/ ٧١.

(٣) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/ ٢٥٥.

المتلفظين بهذه الصيغة المتلاعبين بكتاب الله، كما قال عنهم رسول الله ﷺ، كما ازداد ثراء الناس فلا ترهقهم تكاليف الزواج بأخرى، بل قد يتحقق قصد الواحد منهم ايقاع الثلاث لرغبته بالزواج من ثانية أو ثالثة أو رابعة، وقلة الالتزام بتعاليم الدين كما كان في زمن رسول الله ﷺ، لذلك فالمسوغ للاجتهاد قائم، وللحاكم أن يفعل ما يراه محققاً لمصلحة الناس.

وكأن عمر رضي الله عنه رأى أن التساهل في ايقاع من الزم نفسه بالثلاث واحدة فقط، لا يحقق هذه المصلحة، فأمضاها عليهم ثلاثاً لمصلحتهم في الزجر وترك مخالفة الشرع. وهذه هي السياسة الشرعية في فعل عمر، وهي جلب المصلحة بالتزام شرع الله في الطلاق السني على الوجه الذي بينه الشارع ودرء مفسدة مخالفة هذه السنة.

فإذا ظهر نتيجة لتطبيق هذه السياسة، أن الناس أصبحوا يلجأون الى نكاح التحليل، لاعادة زوجاتهم الى عصمتهم، وفي هذا مخالفة أكبر لمقاصد الشرع، واستهانة بأحكامه، فلا ينبغي أن يبقى هذا الحكم السياسي منفذاً مع ما فيه من تحقق المفسدة، حيث يصبح ذريعة الى المحرم، وهنا لابد أن يسد باب التحليل بجعل الثلاث طلقات طلقة واحدة، كما كان الأمر في زمن رسول الله ﷺ.

وخلاصة القول أنني مع القائلين من الجمهور أن طلاق الثلاث يقع ثلاثاً، ومع القائلين بأنها تقع واحدة، ولكن في حال دون حال، ومع مراعاة ظروف الناس وما يؤدي اليه تطبيق الحكم في هذه المسألة، إذ الأصل في هذا اللفظ أن تقع به الثلاث من حيث الصيغة، فإذا كان الناس على درجة من الالتزام بدينهم، ولا يستعملونها كثيراً تقع واحدة تساهلاً وحملاً لحال المسلم على الصلاح والتقوى، حتى إذ ظهر فيهم التلاعب بالدين والاستخفاف بأحكام الشرع، أخذوا بالشدة وألزموا بما ألزموا أنفسهم به، بقصد أن يقلعوا عن مخالفة أحكام الشرع، فاذا أدى ذلك الى عكس المصلحة بانتشار نكاح التحليل، فيجب أن تسد الذريعة الى الحرام بجعلها واحدة، لأن الموازنة بين مخالفة الشرع في ايقاع الثلاث بكلمة واحدة، طلقة واحدة، وبين نكاح التحليل، تظهر ان نكاح التحليل أعظم إثماً وأكبر ضرراً على المجتمع، واستهانة بأحكام الشارع.

وإذا كان ما فعله عمر رضي الله عنه من باب العقوبة والزجر، فإن ذلك جائز للامام بشرط أن يحقق مصلحة، لأن تصرف الامام على رعيته منوط بالمصلحة، ولكن هل يحقق هذا مصلحة في زماننا أو بعد زمان عمر؟

يقول ابن القيم: (يمتنع في هذه الأزمنة معاقبة الناس بما عاقبهم به عمر من وجهين:

أحدهما: أن أكثرهم لا يعلم أن جمع الثلاث حرام، لا سيما وكثير من الفقهاء لا يرى تحريمه، فكيف يعاقب من لم يرتكب محرماً عند نفسه؟.

الثاني: أن عقوبتهم بذلك تفتح عليهم باب التحليل الذي كان مسدوداً على عهد الصحابة. والعقوبة إذا تضمنت مفسدة أكثر من الفعل المعاقب عليه، كان تركها أحب الى الله ورسوله، ولو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة ـ ومعاذ الله ـ لكان المنع منه إذا وصل الى هذا الحد الذي قد تفاحش قبحه، من باب سد الذرائع، وتعين على المفتين والقضاة المنع منه جملة)[1].

السياسة الشرعية في المسألة:

لقد ورد في حكم هذه المسألة نص شرعي خاص، وهو الوارد في حديث ابن عباس المذكور، وهو حديث صحيح أخرجه مسلم. ويشترط لمسائل السياسة الشرعية أن لا يرد بخصوصها نص من كتاب أو سنة أو اجماع، أو يرد بخصوصها نص معلل، وهنا ورد النص الخاص المعلل من السنة، أما ما ادعاه بعضهم من اجماع على فعل عمر فلا يسلم لهم بذلك، لأنه لو وجد الاجماع من الصحابة على فعل عمر لما كان للاختلاف بحكمها معنى، ولو لم يكن فيها من مخالف سوى ابن عباس وما روي عن علي بن أبي طالب[2] لما كان اجماعاً، وبالتالي فهذه دعوى غير صحيحة، ولا اجماع في المسألة، ويمكن القول أن أكثر الصحابة وافقوا عمر على ما فعله وأمضاه، وليس هذا اجماعاً بالمعنى الاصولي[3] .

---

(١) اعلام الموقعين: ٣/٤٩.

(٢) نيل الاوطار، للشوكاني: ٦/٢٥٨ .

(٣) الاحكام في أصول الاحكام: ٤/١٧٢.

المهم أن النص موجود في السنة الصحيحة، ومع وجوده إذا لم يكن معللاً فلا مجال للسياسة الشرعية، لأن من شروطها أن لا تخالف النص الشرعي، ومجالها خارج نطاق النص أو فيما لا نص فيه، فهل خالف عمر النص في هذه المسألة؟

رأينا في تعليلات الفقهاء سواء القائلين بوقوعها واحدة، أو ثلاثاً، ما يفيد الزجر والتأديب، وأنه أوقعها عليهم ثلاثاً عقوبة عليهم حتى قال ابن رشد (وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة، ثم قال ـ ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك بقوله تعالى: ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١][1] .

فكأنه يرى غير ما يراه الجمهور من صحة ايقاعها عقوبة وتغليظاً من باب سد الذرائع، ويشير الى أن الشارع جعل ايقاع الثلاث واحدة من باب الرخصة والتسهيل، حتى يتمكن المطلق من مراجعة زوجته، وهو المقصود بقوله تعالى ﴿يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ أي المراجعة، وهي لا تكون مع البينونة وايقاع الثلاث، وانما تكون مع الواحدة الرجعية في المدخول بها، ولا شك أن ذلك أيسر على الناس وأنفع للاسرة.

والذي أراه ـ والله أعلم ـ: أن المسألة لا علاقة للتأديب فيها، وليست للزجر أيضاً، بدليل أن عمر كان يعاقب عليها ويضرب بالدرة[2]، وحسبه بذلك زجراً وعقوبة، أما أن تتخذ الأحكام الشرعية في مسألة تحليل الفروج لغير الأزواج، وتحريمها على الأزواج لمجرد الزجر والعقوبة فهذا ما لا يظن بأمير المؤمنين ولا بالصحابة الذين وافقوه على ذلك.

والذي أظنه أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ والصحابة في زمنه، رأوا أن النص الوارد في هذه المسألة من ايقاع الثلاث واحدة في زمن رسول الله ﷺ هو نص معلل، معلوم الحكمة في أمر هذه الصيغة، فالشارع الحكيم جعل الطلاق مرات ثلاث، وأراد ايقاعه مرة بعد مرة، لحكمة بالغة في أمر عظيم من أمور المسلمين، وهو طلاق زوجاتهم، حتى لا يتسرعوا في أمر لا يعود عليهم

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٦٣.

(٢) أوليات الفاروق السياسية: ١٣٤، .

وحدهم بالضرر، وانما على زوجاتهم وأسرهم وأولادهم ولربما على أقاربهم أيضاً، لذلك كان رسول الله ﷺ يغضب ممن يوقعها مرة واحدة بلفظ الثلاث مجتمعة[1]، وكذلك ما روي عن ابن عباس من تغليظ ونكير على من كانوا يستفتونه فيمن طلق امرأته الفاً[2]، ونحو ذلك مما يدل على أنها مخالفة لما ينبغي أن يكون عليه حال المسلمين، من ايقاع الطلاق مرة بعد مرة، وبروية وتفكير لا بتسرع ورعونة.

لذلك كان رسول الله ﷺ من باب التيسير على أصحابه يوقعها عليهم واحدة، ليتمكنوا من مراجعة زوجاتهم، وينهاهم عن العودة لذلك، حتى سماهم المتلاعبين بكتاب الله، وكأنه يقول لهم ان الله لم يشرع هذا، فإذا قال أحدهم والله ما أردت بها الا واحدة، كان يقبل قوله ويرد اليه زوجته، هذا الحال كان مع الصحابة في زمن رسول الله ﷺ واستمر في زمن أبي بكر، وواضح من نص الروايات أنه لم يكن يقع بكثرة عندهم، ولكنه على أي حال كان يقع واحدة إذا تلفظ به من كان في ذينك العصرين، مراعاة لظروفهم المادية وحسن نواياهم لقرب عهدهم بالاسلام، وعدم معرفتهم الواسعة بأحكام الدين الجديد. ولا يعني هذا أن كل من طلق بهذا اللفظ تقع واحدة، وانما هو نص معلل بحالة هؤلاء الاصحاب، فلما تبدل الحال وتغير الزمان وأصبح بعضهم يخالف الأحكام الشرعية مع علمه بها، نظراً لانتشار العلم وكثرة الثراء، وضعف الوازع عما كان عليه جاز أن تتبدل الفتوى في هذه المسألة نتيجة لتبدل الأحوال وتغير الزمان.

فكأن الأصل فيها أن تقع ثلاثة، لأنها هكذا باللفظ والصيغة، إلا أنهم اوقعوها واحدة نظراً لحال الناس في العصرين الأولين، فإذا تغير الحال في زمن عمر، يعاد إلى الأصل وهي ثلاثة، لعدم وجود السبب الموجب للتخفيف والرخصة، وهكذا إذا تبدل الزمان وعاد الموجب لجعلها واحدة سواء كان للمصلحة كما في الزمن الأول، أو درءاً لمفسدة نكاح التحليل إذا حدث ذلك في أي عصر، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، فإذا ثبت ان هذا

---

(١) نيل الاوطار، للشوكاني: ٢٥٥/٦ .

(٢) المرجع السابق: ٢٥٨/٥ .

الحكم معلل بحال الناس وبساطتهم وتقواهم وصدقهم في أقوالهم ونواياهم، فإنه يتغير إذا تغير هذا الحال وأصبح الناس في بُعْدٍ عن هذه الأوصاف.

يدل على ذلك ويشهد، ما جاء في حديث ابن عباس من فعل عمر «فلما تتابع الناس» فإنه يدل على تغير حالهم، كما يدل قوله فأمضاه عليهم، أنه عاد إلى حكم الاصل أي العزيمة، وعدم الرخصة، لأنه رأى أن معاملتهم بهذه الرخصة لا تحقق لهم المصلحة، فأخذهم بالعزيمة لتحقيق مصلحة مشروعة، وهي حملهم على عدم الاكثار من ايقاع الطلاق البائن، وذلك بتنفيذ الحكم الشرعي الأصلي في هذه المسألة وترك التساهل في الفتوى.

ولا يُعد هذا من مخالفة الحكم الشرعي، حيث ثبت أنه حكم معلل بحال المتلفظين بالطلاق وعرفهم، والعلة هي التتابع في ذلك. فهو يشبه إلى حد بعيد، رأي عمر في نكاح الكتابيات وقد سبق ذكره[1]، حيث منعه عمر لما رأى من كثرة المتزوجين منهم، مع أن أصله مباح بالنص، وهذه سياسة مستندها سد الذريعة. كما أن للعرف مدخلاً واسعاً في تحديد مراد الناس من الالفاظ، وتوضيح مدلولاتها عندهم.

المسألة الثانية: طلاق السكران يقع تعزيراً:

السكران هو الذي يخلط في كلامه، ولا يعرف كما يقولون، رداءه من رداء غيره ولا نعله من نعل سواه[2]، ونحو ذلك. وقيل السكر سرور يزيل العقل، فلا يعرف السماء من الارض. أو هو اختلاط الكلام والهذيان[3].

وهذا هو معنى السكران بشكل عام، وهو غير مقصود بهذا البحث، والمقصود المتعدي بسكره. وهو من يشرب شراباً مسكراً أو أي دواء يذهب بالعقل على سبيل المعصية والتعدي على حقوق الله تعالى، الذي حرّم الخمر بقوله ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

---

(١) انظر صفحة ٥١ من هذا البحث.

(٢) المغني: ٧/ ٣٨٠.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٢٢.

وسواء سكر بمائع أو بجامد، كالحشيش والأفيون وغيره، من كل ما يُذهبُ العقل ويؤدي إلى الاختلاط في الأقوال والافعال، وهو يعلم أنه يشرب محرماً، أو يفعل أمراً لا يجوز له شرعاً فعله، ومع ذلك يشربه عاصياً لله متمرداً على حكمه.

ويخرج من ذلك من شرب مسكراً للضرورة، أو وهو غير عالم بأنه مسكر، أو من شرب لحاجة غير متعدٍ ولا متجانف لاثم، وكذلك من أكره على شرب الخمر بغير رضاه أو اختياره.

بمعنى انه في هذه المسألة ـ مسألة وقوع طلاق من السكران ـ يفرق بين السكران المتعدي بسكره غير المعذور فيه، وبين السكران بعذر أو بدون تعدٍ منه، مع أنهما في المعنى العام كما قلت، كلاهما يسمى سكراناً ويصدق عليه هذا الاسم، إلا أنهما مختلفان في الحكم بخصوص هذه المسألة، لذلك حصرت البحث في السكران بشراب محرم، عالماً بالحرمة، متعدياً حدود الله، آثماً بفعله، غير معذور فيه، لأن وقوع طلاق هذا أو عدم وقوعه، هو مدار البحث المتعلق بالسياسة الشرعية.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في وقوع طلاقه. ويمكن إجمال أقوالهم باتجاهين:

الاتجاه الأول:

مذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم أنه يقع، وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والاوزاعي وابن شبرمة[1] .

والاتجاه الثاني: أنه لا يقع، وهو مذهب عثمان وعمر بن عبد العزيز والقاسم وطاووس وربيعه ويحيى الانصاري والليث وأبي ثور والمزني، وبه أخذ الطحاوي والكرخي من الحنفية[2].

وهذه تفاصيل أقوال أصحاب الاتجاه الأول وتعليلاتهم، ليعرف وجه السياسة

---

(١) المقنع في فقه الامام احمد: ٣/١٣٢.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣/٩٩.

الشرعية في المسألة.

مذهب الحنفية: جاء في البدائع « ان السكران إذا طلق امرأته فإن كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيذ طوعاً حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع[1] » وكذلك جاء في غيره من كتب الحنفية[2] .

وعللوا ايقاعهم للطلاق في هذه الحالة مع أن السكران غير مكلف وفاقد للعقل، بأن عقله زال بسبب هو معصية، فينزّل قائماً أي فينزل عقله بمنزلة القائم الموجود، ولو لم يكن موجوداً فعلاً (عقوبة عليه وزجراً له عن ارتكاب المعصية).

وصرّح ابن عابدين بأنه طلاقه واقع زجراً له كطلاق المكره استحساناً، والقياس أنه لا يقع. ثم قال: (وفي هذا الزمان إذا سكر من الحشيش والبنج والأفيون فيقع طلاقه زجراً، وعليه الفتوى، أما لو سكر بمباح كَوَرَقِ الرُّمان فإنه لا يقع طلاقه، ونقل ذلك ايضاً عن التاترخانية وقال وهو مذهب اصحابنا) [3].

وايضاً إذا شرب للتداوي فلا يقع طلاقه لعدم المعصية.

ويلاحظ أن الحنفية اناطوا وقوع الطلاق وعدمه بحصول المعصية منه بشرب المحرَّم، وعللوا ايقاع طلاقه بأنه للزجر عن المعصية استحساناً، وصرحوا بأن الأصل فيه أن لا يقع.

أما مذهب المالكية: فقد جاء في شرح الخرشي[4]، (أن لو سكر حراماً فيلزمه طلاقه) وقالوا: لو سكر المكلف سكراً حراماً كما لو شرب خمراً عمداً مختاراً فيلزمه الطلاق ميَّزَ او لم يميِّز، لأنه ادخله على نفسه.

وصرّحوا بأن لا صحة لمن قال ان السكران بحرام لا يقع عليه طلاقه.

ويلاحظ من تعليلهم لحكم هذه المسألة أنهم يرون أن من شرب الخمر عمداً مختاراً وهو يعلم أنها ستُذهب عقله، ويختلط كلامه بها، وقد يقول ما يضره كالطلاق مثلاً، ومع ذلك يُقدم على شربها، وهذا معنى قولهم ـ أدخله على

---

(١) المرجع السابق.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/١٩٤.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٤٢٠ ـ ٤٢٥.

(٤) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/٣١، الشرح الصغير: ٢/٥٤٢ .

نفسه - فهو الذي جاء بهذا الشر لنفسه، فشرب الخمر وأوقع الطلاق، فهم لا ينظرون إلى حالة سكره، ولكنه قبل شرب الخمر والسكر بها، كان مكلفاً ومختاراً وطلاقه صحيح، لأنه بكامل عقله فاختار أن يشرب المحرم، وأدخله على نفسه بمحض إرادته حيث شربه وهو يعلم أنه مسكر وحرام، فكان في ايقاع طلاقه عليه معنى العقوبة والزجر، لأنه إنما جاء بسبب منه، وقد كان باستطاعته أن يتجنب ذلك بعدم شرب الخمر.

وفي مذهب الشافعية: إن السكران المتعدي بسكره كأن يشرب خمراً أو دواءً مُجَنِّناً بلا حاجة، فإن طلاقه يصح منه ولو كان السكر طافحاً عليه، بحيث يسقط كالمغمى عليه، مع أنه غير مكلف، تغليظاً عليه لعصيانه بإزالة عقله فجُعل كأنه لم يُزَل.

وفي مذهبهم تفصيل آخر وهو أن من لم يعقل بسبب لا يعذر فيه، كمن شرب الخمر لغير عذر فسكر، أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله، فالمنصوص في السكران أنه يصح طلاقه، وفيه عن أصحاب الشافعي قولان: أحدهما لا يصح، وهو اختيار المزني وأبي ثور، والثاني أنه يصح وهو الصحيح في المذهب.

وقد عللوا قولهم بوقوع طلاقه بأسباب ثلاثة هي:

الأول: أن سكره لا يعلم إلا منه، وهو متهم في دعوى السكر لفسقه، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل.

والثاني: أنه يقع طلاقه تغليظاً عليه لمعصيته، فعلى هذا يصح ما فيه تغليظ عليه كالطلاق، ولا يصح ما فيه تخفيف عليه كالنكاح.

والثالث: أنه لما كان سكره بمعصية اسقط حكمه، فكان كالصاحي، وعلى هذا يصح منه الجميع[1].

ويلاحظ أن القول الصحيح في مذهب الشافعية هو الذي يلتقي مع مذهب الجمهور، وأن الرواية الأخرى التي تقول بعدم وقوع طلاق السكران ليست هي المذهب. كما يلاحظ أنهم يشتركون مع الجمهور بايقاعه عقوبة وتغليظا عليه لمعصيته.

---

(١) مغني المحتاج: ٢٨١/٣.

أما مذهب الحنابلة: فقد جاء في المقنع: أنه إن زال العقل بسبب لا يعذر فيه، كالسكران، ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة، ففي صحة طلاقه روايتان: أحداهما يقع، وهو المذهب والثانية لا يقع. وفي رواية ثالثة في المذهب أنه توقف في الجواب، وهذه ليست بقول في المسألة كما يقول صاحب المغني وإنما هي ترك القول فيها لتعارض الأدلة، فيبقى في المسألة روايتان.

وقد عللوا ذلك بقولهم: لأنه مكلف فوقع طلاقه كالصاحي وقالوا ايضاً: انه زال عقله بمعصية[1].

ويلاحظ ايضاً أنهم يلتقون مع الجمهور في وقوع طلاق السكران بمعصية في الرواية الصحيحة عنهم.

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

فقد ذهبوا إلى القول بعدم وقوع طلاق السكران، واستدلوا على ذلك بأنه زائل العقل فاشبه المجنون والنائم، والعقل من شرائط أهلية التصرف، ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل[2]، أي انهم استدلوا بالقياس على المجنون وناقص الأهلية وفاقدها. وبالقياس على المكره لأنه مفقود الإرادة.

الترجيح:

الذي أراه بعد استعراض أقوال الفقهاء وتعليلاتهم، أن السكران الذي ذهب عقله بشرب الخمر المحرَّم، حينما يوقع الطلاق أو يتلفظ به وهو في هذه الحالة من السكر والخلط وعدم الإدراك، لا يكون مكلفاً شرعاً لعدم العقل، والعقل كما يقول الأصوليون هو مناط التكليف. والواقع أن السكران غير طائع ولا مريد لما يقول، فضلاً عن أن يكون واعياً له. والطلاق تصرف شرعي يترتب عليه اثره، ومن شروطه صحة التصرف، أن يكون المتصرف مكلفاً شرعاً عاقلاً طائعاً غير مكره أو مسلوب الإرادة، ومع أن الجمهور الذين يقولون بوقوع طلاقه في هذه الحالة يدركون هذا الأمر تمام الإدراك، إلا أنهم عللوا قولهم بوقوع طلاقه

---

(١) المغني: ٧/٣٦٣ - ٣٧٩.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣/٩٩، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/٧٨.

من أنه ليس لهذه الحالة التي أصبح معها السكران غير مكلف، وإنما نحاسبه على ما قبل السكر، فهو بالغ عاقل مريد مختار وقد سلك الطريق الذي أدى به إلى خلاف ذلك باختياره، مع علمه بأنه يتحدى الله وشرعه، فيجب أن يقع طلاقه زجراً وعقوبة له.

أما أصحاب الاتجاه الثاني فقد بقوا على أصل المسألة من القول بأنه غير مكلف، والتصرفات الشرعية لا تقع من غير المكلف، وأنه لا عقل مع السكر، فهو كالنائم والمغمى عليه والمجنون، وأنتم تقولون بعدم صحة تصرفاتهم، ومنها الطلاق فهذا مثلهم. كما أن العقل شرط التكليف، ولا فرق بين زوال الشرط وهو العقل بمعصية أو غيرها[1] .

وقد يكون ما ذهب إليه الجمهور صحيحاً إذا كانت هذه العقوبة زاجرة ورادعة عن ارتكاب المحرم بحيث يعلم مسبقاً من يريد أن يشرب الخمر، أنه إذا تلفظ بالطلاق وهو في حالة السكر سيقع عليه طلاقه فيمتنع عن شرب المحرّم، عندئذ يصح القول بإيقاع الطلاق عليه عقوبة، وتأديباً، لحمله على عدم ارتكاب المحرمات أو الوقوع في الأثم كما يرى ذلك الجمهور.

أما إذا علمنا أن ايقاع الطلاق عليه لا يردعه ولا يؤدبه ولا ينهاه عن شرب المحرّم، وإنما هو مدمن عليها وسادر في ضلاله، فهل يصح القول بوقوع طلاقه زجراً، مع أنه لا ينزجر، أو عقوبة مع أنها لا تصلحه؟!

الواجب في مثل هذه الحالة أن نعود إلى الأصل وهوعدم وقوع الطلاق على غير المكلف، والسكران غير مكلف، لأننا خالفنا الأصل لمصلحة الزجر والردع عن شرب المحرّم فإذا علمنا أن هذه المصلحة لن تتحقق بإيقاع طلاقه، وإنما ستقع مفسدة أخرى وهي هدم الأسرة وازدياد عدد المطلقات في المجتمع، ممن لا معيل لهن، عندئذ لا يجوز أن تستمر هذه العقوبة التي أوجبتها السياسة الشرعية، ولم يوجبها نص من كتاب أو سنة، وإنما إذا وضعت العقوبة لمصلحة معينة يراها الحاكم ثم ثبت بالتجربة والتطبيق العملي أنها لا تحقق تلك المصلحة، بل نتجت عنها مفاسد عديدة فينبغي أن يعاد النظر بتلك العقوبة، بما يحقق المصلحة طالما أن الأمر في دائرة الاجتهاد فيما لا نص فيه،ولا مخالفة لحكم الشارع.

---

(١) المغني: ٧/ ٣٨٠.

السياسة الشرعية في المسألة:

واضح أن هذه المسألة لم يرد فيها نص خاص من كتاب أو سنة. ولا انعقد عليها اجماع، ولا نظير لها تقاس عليه وان حاول أصحاب الاتجاه الثاني أن يلحقوها بالمجنون أو الصبي غير المميز أو المكره، والواقع أن السكران لا يشبه المجنون ولا الصبي غير المميز ولا المكره، فهو قبل سكره بالغ عاقل وكامل أهلية التصرف، وقد طرأ عليه عارض السكر بأرادته واختياره، وقد يكون قاصداً اكتساب الجرأة على الفعل كالتطليق ونحوه بشرب الخمر، وأين هذا من المجنون الذي سلب العقل ولا إرادة له في ذلك ولا اختيار، وكذلك الصبي والمكره. فالقياس هنا قياس مع الفارق، وقد فرّق الفقهاء في جواز استخدام الرخص الشرعية بين من سافر بقصد محرّم أو مباح[1] .

وبذلك تكون هذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية حيث لا قياس ايضاً.

وما ذهب إليه الجمهور من إيقاع طلاق السكران عقوبة وزجراً واستحساناً كما نص عليه الحنفية، هو السياسة الشرعية في هذه المسألة، حيث أنهم ذكروا صراحة في تعليلاتهم أن الأصل في طلاق السكْران أنه لا يقع لعدم التكليف الشرعي، وإنما أوقعناه عقوبة وزجراً وليس لهذا القول من مستند سوى السياسة الشرعية بتحقيق المصلحة في المجتمع، وذلك بحمل العصاة والمخالفين لشرع الله المرتكبين للمحرمات على الاقلاع عن معاصيهم، وإعادتهم إلى جادة الصواب بإيقاع طلاقهم عليهم في حالة السكر، حتى إذا علموا ذلك ابتعدوا عمّا يفرق بينهم وبين زوجاتهم وهي الخمرة المحرّمة، وفي ذلك مصلحة لهم في دينهم، كما أنها مصلحة للمجتمع بقطع دابر الفساد فيه، ومحاربة أم الخبائث التي تفتك بأخلاق الأمة وأموالها وقوة ابنائها وصحتهم.

وهذا واضح من تعليل جمهور الفقهاء القائلين بوقوع طلاق السكران، في حالة السكر بغير عذر والتعدي فيه على حدود الله وحرماته.

فاتخذوا من ايقاع الطلاق وسيلة لمحاربة المعصية في المجتمع، وهذا أمر سياسي مقبول في النظر الاجتهادي، حتى إذا لم تعد هذه الوسيلة ناجعة في

---

(١) بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين: ٧٤.

محاربة المنكر، والكف عنه، امتنع اللجوء إليها واستمرارها، بما لا يحقق مصلحة ولا يغير منكراً، خاصة وأنه لم يرد من الشارع نص في فرض هذه العقوبة، وإنما وجبت سياسة، فجاز أن تلغى سياسة ايضاً، إذا وجد ما يبرر ذلك من حيث عدم جدوى هذه الوسيلة.

المسألة الثالثة: طلاق الأخرس مع القدر على الكتابة لا يقع بالاشارة استحساناً:

الخَرَسُ: هو ذهاب الكلام عِيّاً أو خلقة[1]، والأخرس هو العاجز عن الكلام، وقد يكون هذا العجز مولوداً معه منذ خِلقته، أو يكون طارئاً عليه بعد الولادة. فإذا كان عاجزاً عن الكلام والكتابة معاً، فلا سبيل له لافهام مخاطبه إلا بالإشارة، وهذا ليس محل النزاع في هذه المسألة، وإنما محل النزاع في الأخرس الذي يعرف الكتابة ويقدر عليها، فإنه يستطيع إفهام مخاطبه بالكتابة الواضحة البيّنة منه، كما يستطيع افهامه باشارته المعهودة.

فإذا أراد الأخرس الذي يعرف الكتابة ويقدر عليها أن يُنشىء عقداً من العقود كالطلاق مثلاً فهل يُكتفى بإشارته المعهودة منه والتي تدل على رغبته في انشاء الطلاق؟ أم لا بد له من الكتابة الواضحة حتى يُعرف بيقين أنه يريد الطلاق، ولا تقبل مع هذه المعرفة للكتابة والقدرة عليها الاشارة التي تحتمل الطلاق وغيره، ولا تدل على المراد منه بوضوح تام كالكتابة؟!

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على قولين:

الأول: وهو مذهب الحنفية، ان الطلاق لا يقع باشارته إلا عند العجز عن الكتابة[2].

والثاني: وهو مذهب المالكية والشافعية، أن الطلاق يقع بإشارته ولو مع القدرة على الكتابة، إلا أنهم فرقوا بين اشارته المفهومة لكل واحد من الناس فتكون صريحة في الطلاق، أما إذا لم يفهمها إلا الفطنون فتكون كناية فيه[3].

---

(١) لسان العرب المحيط: ١/٨١١.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣/١٠٠، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/١٦٩.

(٣) الشرح الصغير: ٢/٥٦٨، مغني المحتاج: ٣/٢٩٠.

وإليك أقوال المذاهب في ذلك وتعليلهم لحكم هذه المسألة:

ذهب الحنفية إلى القول أن الأخرس إذا كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة المعهودة استحساناً، وقالوا في تعليل ذلك أن الضرورة تندفع بما هو أدل على المراد من الاشارة، فإن كان الأخرس لا يكتب وكان له اشارة تعرف في طلاقه ونكاحه وشرائه فهو جائز، فان لم يكن يُعرف ذلك منه أو شك فيه فهو باطل. وقالوا إنما يقع بإشارته إن لم يكن يعرف الكتابة، أما إذا عرف الكتابة فلا تقوم الاشارة مقام العبارة بحقه، لأنه لاضرورة مع معرفته للكتابة، إذ باستطاعته أن يعبر بوضوح عن طلاقه بالكتابة، وعليه فلا يقع طلاقه بالاشارة ما دام قادراً على ما هو أوضح منها وهي الكتابة[1].

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

فقد جاء في فقه المالكية أن الطلاق يلزم بالاشارة المفهمة بيد أو رأس، ولو من غير الأخرس، لا بغير المفهمة، ولو فهمتها الزوجة، لأنها من الأفعال التي لا طلاق بها، والمفهمة هي التي يقطع من رآها بقصد الطلاق، ولو كانت المرأة لبلادتها لم تفهم منها طلاقا[2].

ويتضح من قولهم بقبول الطلاق بالاشارة ولو من غير الأخرس، أن المتكلم أيضاً لو طلق بالاشارة وقع طلاقه، فالاخرس من باب أولى، لأن المتكلم قادر على ما هو أوضح من الكتابة، ومع ذلك يقع طلاقه بالاقل وضوحاً وهو الاشارة وكذا الأخرس إذا كان قادراً على الكتابة، فمقتضى كلامهم أنه يقع طلاقه بإشارته.

وصرح بذلك الشافعية فقالوا: ويعتد باشارة أخرس، ولو قدر على الكتابة في العقود، فإن فهم طلاقه بها كل واحد فصريحة، وإن اختص بفهمه فطنون فكناية[3].

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٤٢٨/٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٦٩/٢.

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الكافي الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك: ٥٦٨/٢.

(٣) مغني المحتاج: ٢٩٠/٣.

والواقع أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني بخصوص وقوع الطلاق، وجعله كناية في الاشارة التي لم يفهمها إلا الفطنون، فيه نظر إذ من المعروف أن طلاق الكناية لا يقع إلا بالنية عندهم[1]، فكيف تعرف النية من أخرس؟ إذا كانت اشارته غير واضحة، ولا معتبرة من الطلاق الصريح، فجعلها كناية يزيدها اشكالاً، وبماذا يوضحها إن لم يكن بالكتابة، وهو قادر عليها كما يقولون، فإذا قلتم باشارة أخرى، فقد تكون كناية ايضاً فمتى يقع طلاقه ؟!

والذي أراه أن الشارع الحكيم اشترط في العقود الرضا، بدليل قوله تعالى ﴿إلاَّ أن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبما أنه أمر باطني لا علم للطرف الآخر من المتعاقدين به، أقام مقامه الصيغة وهي الايجاب والقبول بالفاظ مفهومة تدل على الرضا بالعقد، فإذا عجز المتعاقدان أو أحدهما عن التلفظ لبيان هذا الرضا، قامت الكتابة فقام ذلك وقد اعتبرها الشارع، بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ايضاً ولا شك أنها واضحة في الدلالة على المراد بنص صريح مكتوب، فإذا عجز المتعاقدان أو احدهما عن الكتابة قامت الاشارة مقامها.

ولا شك في أن الأخرس العاجز عن الكتابة لا سبيل له لايضاح مراده، وبيان رضاه في عقوده غير الاشارة المفهومة، وفي عدم اعتبارها، حرج وقد نفى الشارع الحرج عن المسلمين فيجب، اعتبار اشارته أما إذا كان قادراً على الكتابة، فلا ينبغي أن تقبل اشارته، لأنها اضعف دلالة على الرضا بالعقد من الكتابة.

لذلك أرى أن مذهب الحنفية، في عدم وقوع طلاق الأخرس القادر على الكتابة بالاشارة وحدها، هو الأرجح والأقوى دليلاً.

وجه السياسة الشرعية في المسألة:

استحسن الحنفية عدم قبول الطلاق من الأخرس باشارته المعهودة مع قدرته على الكتابة. ووجه استحسانهم أن الأصل في الصيغة والكتابة والاشارة، أنها جميعاً وضعت للدلالة على المراد، فالانسان يعبر عن مراده بالنطق إذا كان ناطقاً، وبالكتابة إذا لم يكن امياً وأراد ذلك، سواء في الرسائل أو غيرها،

(١) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ٨٠.

وكذلك بالاشارة حتى أن الناطقين في بعض الأحيان يكتفون بالاشارة ويتعاملون بها، كما أن الحنفية قالوا: ان ركن الطلاق هو اللفظ أو ما يقوم مقامه[1]، والذي يقوم مقامه هو الكتابة أو الاشارة، وقالوا تأكيداً لذلك: أنه لو قال لزوجته طالق هكذا، وأشار بثلاث، أصابع فهي ثلاث لأن الاشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفاًوشرعاً[2]، والرسول ﷺ استعمل الاشارة لتدل على العدد بقوله (الشهر هكذا وهكذا وهكذا)[3]، وهو يشير بأصابعه عشراً فعشراً فتسعاً، وهذا يدل دلالة واضحة أن الإشارة تستعمل لبيان المراد، ولو من القادر على النطق أحياناً.

هذا هو الأصل، إلا أنهم رأوا ان الطلاق من الأخرس سيترتب عليه فراق زوجته وإباحتها لغيره، وهلاك ماله الذي بذله بزواجها، وغير ذلك من المفاسد المحققة له، فنظراً لحاله ومراعاة لعجزه عن النطق، تقبل اشارته للضرورة في بيان مراده، فإذا لم يكن قادراً على الكتابة يُكتفى منه بهذه الاشارة، لأنه لا يحسن التعبير عن مراده بغيرها فكان ذلك من أحكام الضرورة، ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها. وكانت الكتابة أكثر وضوحاً من الاشارة، وهو قادر عليها، فلا تقبل منه الاشارة استحساناً للضرورة الشرعية، المتمثلة في الاحتياط للفروج، حِلاً وحرمةً. فإن قبول اشارته مع قدرته على الكتابة سيقع به فراق الزوجة، وإباحتها للازواج. وعقد نكاحه إنما تمَّ بيقين فلا يزول إلا بيقين مثله، فإذا كان قادراً على الكتابة لا تكون اشارته متيقنة في الدلالة كالكتابة، لذلك لم يجر اعتبارها ولا يقع بها طلاقه، وهو في نظري مراعاة لمصلحة الأخرس، وحكم بالقرائن القاطعة، فإن الكتابة بحقه فيها مزيد وضوح وبيان، فلا يصار إلى الاشارة مع القدرة عليها.

وهذا حكم سياسي مبناه على المصلحة في الدنيا للاخرس، وفي الدين لزوجته ولعامة المسلمين ممن يرغبون بنكاحها، وقطعاً للشك باليقين في أمر هام من أمور الدنيا والدين.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٤٢٩.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/٢١١.

(٣) فتح الباري: ٤/١٢٦ .

كما أن قبول طلاق الأخرس باشارته مع قدرته على الكتابة هو قبول للبدل مع وجود الأصل، ومعرف أنه إذا وجد الأصل لا يصار إلى البدل[1]، كما في التيمم مع وجود الماء، لأن الأصل أن يقع الطلاق باللفظ فإذا عُجز عنه فبالكتابة، فإذا عجز عنهما فبالإشارة المفهومة.

وما كان التشدد في ذلك إلا لمزيد الاحتياط في أمر الدين، والحرص على حقوق الله، وحقوق العباد، بالطلاق الذي يجب أن تدل عليه امارات واضحة لا لبس فيها ولا خفاء، وهذا الأمر تقره السياسة الشرعية، لأنها مبنية على رعاية مصالح العباد في دينهم ودنياهم، ولا شك أن هذا الحكم من هذا القبيل، فيكون سياسة شرعية معتبرة مستندها المصلحة والحكم بالقرائن، إضافة الى أن رفض الأخرس القادر على الكتابة بيان مراده بالطلاق خطياً، وهو قادر على ذلك، وإصراره على الإشارة، فيه قرينة على عدم ارادة الطلاق منه، لأنه لو أراده لصرَّح به بكل طريقة يقدر عليها، ومنها الكتابة فيكون ذلك ايضاً من باب الحكم بالقرائن، لأنه يدل بالقرينة الواضحة أنه لا يريد الطلاق ولا يسعى إليه. والحكم بالقرائن من السياسة الشرعية.

المسألة الرابعة: صيغة «علي الحرام» أو ما شاكلها من الطلاق الكنائي، إذا شاع استعمالها عرفاً في الصريح، يفتى به بلا نية عند الحنفية:

اتفق جمهور الفقهاء على أن الفاظ الطلاق نوعان: صريح وكناية، فالصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيِّناً، حتى صار مكشوف المراد، بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع، حقيقة كان أو مجازاً. مثل طالق ومطلقة وطلقتك لأنها لا تستعمل إلا في الطلاق فتقع بها طلقة واحدة.

أما الكناية فهو ما استعمل فيها استعمال الطلاق وغيره، مثل اعتدي وأنت واحدة ونحو ذلك، وهذا النوع لا يقع به الطلاق إلا بنية، فإن نوى المتلفظ الطلاق، وقع عليه، وإن لم ينوه لم يقع.

وقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الطلاق الصريح هو لفظ الطلاق فقط، وما عداه يكون كناية. أما الشافعية فقالوا: إن الفاظ الطلاق الصريحة ثلاثة

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٠٦ .

هي: الطلاق، والفراق والسراح، وهي المذكورة في القرآن الكريم[1]، وقيل: الصريح هو الذي يفيد حكمه من غير انضمام شيء اليه، والكناية عكسه[2]، ومن الفاظ الكناية في الطلاق صيغة (علي الحرام) فهي ليست من الفاظ الطلاق الصريح، لأنها تستعمل في الطلاق وغيره، فقد يكون معناها: يجب علي تحريمك بالطلاق، وقد يكون معناها ايضاً: أن الحرام يلزمني، ويجب أن أفعل المحرَّم، وهو ليس بلازم له بل هو منهي عن فعله، فيرجع إلى اليمين، ولا يكون طلاقاً، لذلك قال الجمهور من العلماء ومنهم الحنفية: ان هذا الطلاق الكنائي لا يقع إلا بالنية[3]، إلا أن المتاخرين من الحنفية افتوا بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية، مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين منهم توقفه على النية، فإذا صار العرف ماشياً في استعماله في الطلاق، لا يعرفون من صيغ الطلاق غيره فيجب الافتاء به من غير نية[4].

وذهب المالكية إلى التفريق بين علي حرام، وعلي الحرام فقالوا: ان علي الحرام استعمل في العرف في حل العصمة، بخلاف علي حرام، فمن قاس «علي الحرام» على لفظ «علي حرام» فقد اخطأ في القياس، لوجود الفارق، وخالف المنصوص عليه عند الفقهاء[5].

وحكم من تلفظ بعلي الحرام عندهم إذا حنث أن تلزمه الثلاث في المدخول بها، وينوي في غيرها، لأن العرف استعمل هذا اللفظ لحل العصمة[6].

فقد اعتبر المالكية ايضاً العرف في جعل لفظ الكناية يقوم مقام الصريح في البائن، فأوقعوه ثلاث طلقات حتى يحصل حل العصمة، لأنه لا يكون إلا بالبائن، وهذا مراعاة للعرف ليس إلا.

---

(١) المغني: ٣٨٨/٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٧٢/٢، المهذب في فقه الإمام الشافعي: ٨٠/٢، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ١٠٦/٣ .

(٢) المبدع في شرح المقنع: ٢٦٨/٧ .

(٣) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٨٠/٢، الشرح الصغير: ٥٤٢/٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ١٩٧/٢.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٤٣٢/٢.

(٥) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤٧/٤.

(٦) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤٧/٤، الشرح الصغير: ٥٦٠/٢.

أما الشافعية فقد اختلفت الروايات عنهم في هذه الصيغة فقيل: انها طلاق صريح عند من اشتهر عندهم، لغلبة الاستعمال، وحصول التفاهم عندهم، وقيل: الأصح أنه كناية مطلقاً[1].

وفي صيغة أنت علي حرام ان قالها لامرأته ونوى بها الطلاق فهي طلاق، لأنه يحتمل التحريم بالطلاق، وإن نوى بها الظهار فهي ظهار، لأنها تحتمل التحريم بالظهار، ولا يكون طلاقاً من غير نية، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم[2].

وورد عن أحمد بن حنبل في هذه الصيغة ثلاث روايات، إحداهن: أنها ظهار، والثانية: كناية ظاهرة، وقيل كناية خفية، والثالثة: أنها يمين[3].

فالواضح من أقوال الفقهاء هذه، أن جمهورهم ما عدا الحنابلة، يصرحون بأثر العرف في صيغ الطلاق، وأن من اشتهر عندهم لفظ معين يقع حسب استعمالهم، لأنه مرادهم.

أما مذهب الحنفية على وجه الخصوص فقد نحا منحىً آخر، وجعل الحكم الشرعي في ايقاع الطلاق يدور مع تغير العرف في كل زمان ومكان، فقرروا: أن الطلاق الكنائي إذا اشتهر في عرف جماعة بمعنى البائن، يقع بائناً، وإذا تغير عرف الناس وأصبحوا لا يقصدون به إلا الرجعي، يجب أن يقع اللفظ نفسه رجعياً، واللفظ لم يتغير، وإنما تغير عرف الناس واستعمالهم لهذا اللفظ، وفي ذلك يقول ابن عابدين « إن لفظ علي الحرام مقتضاه وقوع الرجعي في زماننا لأنه لم يتعارف ايقاع الطلاق البائن به، فإن العامي الجاهلي الذي يحلف بقوله: علي الحرام لا افعل كذا، لا يميز بين البائن والرجعي، فضلاً عن أن يكون عرفه ايقاع البائن، وإنما المعروف عنده أن من حنث بهذه[4]، اليمين يقع عليه الطلاق، مثل قوله علي الطلاق لا أفعل كذا، والوقوع بقوله علي الطلاق إنما هو للعرف، لأنه في حكم التعليق، وكذا علي الحرام، وإلا فالأصل عدم الوقوع،

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٢٨١.

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ٨٣.

(٣) المبدع في شرح المقنع: ٧/ ١٨٢.

(٤) لسان العرب المحيط: ٣/ ١٠١٨ .

وحيث كان الوقوع بهذين اللفظين للعرف، فينبغي أن يقع بهما المتعارف بلا فرق بينهما، وإن كان الحرام في الأصل كناية يقع به البائن، لأنه لما غلب استعماله في الطلاق لم يبق كناية، ولذا لم يتوقف على النية، أو دلالة الحال ولا شيء من الكناية يقع به الطلاق بلا نية أو دلالة الحال ».

والحاصل كما يقول ابن عابدين: أن المتأخرين خالفوا المتقدمين في وقوع البائن بالحرام بلا نية حتى لا يُصدَّق، إذا قال لم أنو لأجل العرف الحادث في زمان المتأخرين، فيتوقف الآن وقوع البائن على وجود العرف كما في زمانهم، وأما إذا تُعورف استعماله في مجرد الطلاق، لا يفيد كونه بائناً فيتعين وقوع الرجعي به، ثم قال: « ولم أر أحداً ذكره وهي مسألة مهمة كثيرة الوقوع»[1] .

فالعرف عند الحنفية ينقل الطلاق من الكناية إلى الصريح، ولكن بشرط وجود العرف في ذلك، بحيث إذا تلفظ به لا يتبادر لذهن السامع إلا ذلك، لأن العرف يقضي به. أما إذا لم يوجد العرف فيبقى الحكم على الأصل في الكناية، فلا يقع الطلاق بها إلا بالنية.

وهذا الذي ذكره ابن عابدين في وجوب الحكم بصيغة علي الحرام في زمانه، بأنها طلاق رجعي، مخالفاً بذلك ما ذهب إليه المتقدمون من الحنفية هو السياسة الشرعية في المسألة، وهو الفقه الحسن الذي ينبغي أن يراعى عند اصدار الأحكام. حيث أن فقهاء الحنفية الأقدمين، الذي افتوا باعتبار الطلاق الكنائي في لفظ علي الحرام صريحاً في الطلاق، وأوقعوا به الطلاق البائن، بنوا حكمهم هذا على العرف، فإذا تغير العرف وأصبح المطلّق لا يريد هذا المعنى ولا يقصده، ولا يشهد العرف به، فينبغي أن تتغير الفتوى به تبعاً لتغير العرف، ولا يجوز أن يستمر المفتون بالعمل على ما افتى به السابقون لحكم بنوه على عرف زمانهم، وتغير هذا العرف في زمان آخر. لأن الطلاق إذا تخصص بدلالة العادة والعرف، فينبغي ملاحظة وجود هذا العرف عند الفتوى، وإلا فإنه من غير العدل أن يُحكم على انسان بعرف لم يعرفه، ولم يستعمله أهل زمانه، فيقع عليه الطلاق بغير حق، وفي ذلك اجتراء على حقوق الله وأعراف الناس.

ومن الملاحظ أن هذه الصورة من صور اعتبار العرف في صيغ الناس

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٤٦٤.

ودلالاتهم على المقصود من الفاظهم، هو عرف صحيح تقره السياسة الشرعية وتقبل به، لأنه نابع من استعمال الناس وعادتهم في ذلك، والعادة محكمة فيما لا يخالف الشرع ولا يناقض مقاصده. أما ما ورد عن فقهاء المالكية مثلاً في العرف من مسائل الطلاق، فإن لي عليه بعض التحفظ وذلك في المسألة التالية:

نص المالكية على أن الطلاق لا يلزم بكلام نفسي، أو فعل كضرب وفتق ثوب أو تمزيقه أو قطع حبل، إلا أن يكون ذلك الفعل عادتهم في وقوعه فيلزم به. وعللوا ذلك بأن قيام القرينة مثل العادة[1].

ومقتضى ذلك: أن الزوج إذا فعل شيئاً مما تعارفه أهل زمانه أنه فعل يقع به الطلاق، ولو لم يتلفظ بأي لفظ صريح أو كنائي، فإن طلاقه يقع بهذا الفعل، عملاً بالعادة. والذي أراه أن هذا ليس من العادة المعتبرة أو المحكمة في مسائل الشرع، ولا تقرها السياسة الشرعية التي يشترط فيها أن لا تخالف مقاصد الشرع ولا نصوصه. وقد جعل الشارع اللفظ ركناً في العقود. وركن الطلاق التلفظ بإحدى صيغه الصريحة أو الكناية، إذ لا يمكن أن نعرف رضا المتعاقدين إلا بالتلفظ بصيغة تدل على ذلك، وجعل الاشارة تقوم مقام العبارة عند عدم القدرة على العبارة. أما أن يقوم الفعل مقام ركن العقد وهو الصيغة، فهذا ما أتحفظ عليه لأنه مضاد لمقاصد الشارع الذي جعل اللفظ ركناً في العقد.

وقد تعارف الناس قبل الإسلام افعالاً تدل على إرادة الطلاق، كتحويل باب الخيمة[2]، ونحو ذلك، وهي افعال لا أقوال، والطلاق من العقود الشرعية المهمة، فلا أرى ضرورة لربطه بمثل هذه الافعال أو إيقاعه بها مع وجود اللفظ والقدرة عليه، فإن حرمة الفروج وحلها أعظم في نظر الشارع من أن يترك أمره لتمزيق ثوب، أو قطع حبل، أو ما أشبه ذلك من اعراف الناس التي لا تقرها الشريعة في نظري ولا ترعاها، وقد جاءت الشريعة بما يقطع الشك ويزيل كل التباس في العقود، وهي الالفاظ لذلك: لا أرى ما ذهب إليه المالكية في هذه المسألة صواباً، والالتزام بما نصت عليه أحكام الشريعة في العقود، ومنها الطلاق أولى بالاعتبار وأحق أن يسار على نهجها من ترك دلالة القول، والعمل بدلالة الفعل مع القدرة على الأول.

---

(١) الشرح الصغير: ٢/٥٧٠.

(٢) قصص الأنبياء: ١٠٥.

السياسة الشرعية في المسألة:

لم يرد نص شرعي من كتاب أو سنة أواجماع أو قياس، يذكر حكم من قال لزوجته علي الحرام، هل يقع بها البائن أو الرجعي أو لا يقع، وما ذكره الحنفية من أن الأصل فيها عندهم أنها من كنايات الطلاق، والكناية كما هو معروف لا تقع بها إلا طلقة واحدة بالنية، إلا أن العرف إذا شاع بين الناس في استعمالها في الدلالة على البائن لأنه هو الذي يقع به التحريم، وأصبح عرف الناس في ذلك أنها إذا تلفظ بها المطلق لا يتبادر إلى ذهن السامع إلا الطلاق البائن، بحكم العرف والعادة، فإن العرف المستعمل في هذه الحالة ينقل الطلاق الكنائي إلى البائن وتقع بها طلقة بائنة أي ثلاث طلقات، حتى يقع التحريم، لأن الرجعي لا يقع به التحريم، وإنما يملك الزوج فيه ارجاع مطلقته ما دامت في العدة، ورأينا أن المتأخرين منهم مثل ابن عابدين يقرر أنه يجب أن يفتى بالرجعي الكنائي إذا تغير العرف، وأصبح مقصود الناس من استعمالها مجرد ايقاع الطلاق الرجعي، ولا ينصرف ذهنهم إلى البائن مطلقاً، مراعاة لأعرافهم وعاداتهم أيضاً.

إن هذا الحكم من الحنفية حكم سياسي، ليس له أي مستند سوى بناء الأحكام الشرعية على عرف الناس واستعمالهم في مدلولات الالفاظ، وقد يتغير هذا الحكم بناء على تغير العرف في الاستعمال، بل يجب أن يتغير إذا تغير العرف، لأنه بالعرف أصبح بائناً، وبالعرف يصبح كنائياً رجعياً بالنية، كما كان في الأصل، وهكذا أينما وجد العرف في الاستعمال وجب إعماله، وحيثما انتفى وجب اهماله، ولا يجوز الاستمرار على حكم مبني على عرف سابق لا اثر له، ولا وجود في استعمالات الناس.

ولا شك أن بناء الأحكام على العرف من أصول السياسة الشرعية، فتكون هذه المسألة على هذا النحو داخلة في باب السياسة الشرعية، وهي فقه حسن ومراعاة لمصالح الناس وأعرافهم في الألفاظ.

المبحث الثاني
التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: في التعسف في استعمال الحق

هذه المسألة لم ترد على السنة الفقهاء الاقدمين بهذا النص، بمعنى أنهم لم يرتبوا على الطلاق تعويضاً مالياً يُعطى للزوجة، اضافة لحقوقها التي رتبها الشارع، من نفقة عدة، ومهر مؤجل، ومتعة، عند من يقول بالمتعة للمدخول بها أو لكل مطلقة، أما أن يقول أحد منهم بأنه يجب على الزوج المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة مبلغاً من المال، تعويضاً لها على ما أصابها من ضرر نتيجة الطلاق، فهذا ما لم يرد بشأنه نص خاص، من أي فقيه من فقهاء الشريعة الاقدمين.

ولا يعارض هذا الاستنتاج الذي ذهبنا اليه، قول بعضهم بوجوب المتعة لكل مطلقة بحسب العرف أو على قدر يسار المطلق[1]، عملاً بقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١]، لانني أقول ابتداء: أنني أرى أن التعويض أمر مختلف عن المتعة، وهناك فرق بين وجوب التعويض للمطلقة بائناً بدون سبب شرعي كحق من حقوقها المشروعة، وبين استحباب المتعة للمطلقة بسبب أو بدون سبب، بقصد ازالة الوحشة من قلبها نتيجة المفارقة، اظهاراً لحسن الخلق والمعاشرة بالمعروف في المدخول بها، وكبدل للمهر في غير المدخول بها التي لم يسم لها مهر حين العقد.

فالمتعة للمطلقة سواء قبل الدخول ولم يسم لها مهر، أو بعده، وسواء قيل بوجوبها لكل مطلقة أو باستحبابها، ورد في حكمها نصوص شرعية كانت مدار بحث الفقهاء، ومحل اجتهاداتهم. أما التعويض فهو أمر آخر زائد عن كل ذلك، وهو مرتبط بالضرر الواقع على الغير، نتيجة لاستعمال الحق المشروع، وهو داخل في نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي.

---

(١) المبدع في شرح المقنع: ٧/ ١٧٠، المغني: ٨/ ٤٨، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: ٨/ ٣٠٢.

فالمقصود بالتعويض في هذه المسألة، هو الزام الزوج المطلق بدفع مبلغ من المال تعويضاً عن الضرر اللاحق بالآخرين، نتيجة استعماله لحقه المشروع لغاية غير مشروعة، أو مناقضة لحكم الشارع. وهذا هو المقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام، حيث عرفه بعض العلماء المعاصرين بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الاصل، بينما عرفه غيره بأنه استعمال الانسان لحقه على وجه غير مشروع(1) .

والذي أراه: أن التعريف الأخير للتعسف غير دقيق، لأن استعمال الانسان لحقه على وجه غير مشروع لا يكون تعسفاً، ولكنه مجاوزة لحدود الحق، وهو داخل في باب التعدي أو الخطأ. أما التعسف فهو استعمال الانسان لحقه المشروع، وقد يكون على وجه مشروع أيضاً إلا أن غايته غير مشروعة، ومثال ذلك يظهر في نكاح التحليل، فانه عقد على المطلقة البائنة بينونة كبرى، وهو عقد مشروع ابتداء ويجوز للمسلم أن يتزوج بالمطلقة المبتوتة، وانما جاء التعسف في الغاية التي لاجلها تم عقد الزواج، وهي تحليلها للزوج الآخر، وهو مناقض لحكم الشارع، وإن تم على وجه مشروع بحسب ظاهره، فالذي جعله مناقضاً لحكم الشارع، هو نية العاقد المناقضة لمقصد الشارع في تحريمه المطلقة على زوجها الأول، لأنه لم يشرع الزواج لهذه الغاية، لذلك فالمقصود بالتعسف في استعمال حق الطلاق أو الطلاق التعسفي: هو أن يطلق الزوج زوجته وهو حق مشروع بدون سبب أو لغير حاجة، فيناقض بذلك مقصد الشارع، ويقع في الإثم عند من يقول أن الاصل في الطلاق أنه محظور شرعاً، ولا يباح إلا لحاجة.

أما أن الطلاق حق مشروع في الاصل فقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] والسراح هو الطلاق، وقد ثبت ذلك أيضاً بفعله ﷺ حيث طلق عمرة بنت الجون حينما تعوذت منه ﷺ بعد أن أدخلت عليه فقال:

(1) نظرية التعسف في استعمال الحق: ٨٧.

لقد عذت بمعاذ، فطلقها وأمر لها بمتعة[1] .

أما أنه لا يشرع لغير حاجة أو سبب مقبول، فقد ثبت ذلك بنصوص الفقهاء التي ذكرت سابقاً[انظر ص١٤٢ من هذا البحث]. وقوله ﷺ (أبغض الحلال الى الله الطلاق) وقد سبق ذكره أيضاً.

وكونه مبغوضاً لا ينافي كونه حلالاً، فان الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو مبغوض. وقال الحنفية أن الاصل فيه الحظر[2]، والقول أنه مشروع في ذاته، لا ينافي الحظر لمعنى في غيره، وهو ما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة الى الخلاص، بل يكون حمقاً وسفاهة رأي، ومجرد كفران النعمة، والايذاء للزوجة ولاولادها وأهلها. فحيث تجرد من الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على الاصل من الحظر، ولهذا قال تعالى ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾ [النساء: ٣٤]، أي لا تطلبوا الفراق، وإذا وجدت الحاجة أبيح. وكذلك ذكر الحنابلة أنه يباح عند الحاجة، ويكره من غير حاجة وفي رواية أنه يحرم[3] .

هذه أقوال بعض الفقهاء التي تدل على أن الطلاق محظور شرعاً، إذا كان لغير حاجة، وبدون سبب مشروع، فإذا استعمل الزوج هذا الحق المشروع بدون سبب شرعي، ولغير حاجة، يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه.

ولا يقال أن استعمال الشخص لحقه المشروع ينافي الضمان، أو الزامه بالتعويض لأنه استعمل حقه باذن الشارع واباحته، والاذن ينافي الجزاء والعقوبة، وهذا تناقض بين اعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه، لا يقال ذلك، لأن مشروعية الحق شيء واستعماله لغاية غير مشروعة شيء آخر فالجهة منفكة ولا تناقض، حيث لا يحاسب على استعماله لحقه المشروع، وانما للضرر الواقع من جراء استعمال هذا الحق لغاية مناقضة لقصد الشارع، فهو بهذه المناقضة يكون متعسفاً في استعمال حقه. والتعسف يلحق الضرر بالغير، والضرر يزال شرعاً،

---

(١) فتح الباري: ٩/٤٩٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٤١٦ .

(٣) المقنع في فقه الامام احمد: ٣/١٢٣.

فإذا أمكن رفعه يجب رفعه لقوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار[1]، وإذا لم يمكن رفعه كما في مسألة الطلاق، فانها حكم شرعي ولا يملك أحد ابطاله، فلا يبقى سوى ازالة آثار الضرر بشيء آخر وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر، جراء استعمال الحق لغاية غير مشروعة.

والتعسف مرتبط بالضرر، فحيث لا يوجد الضرر من الطلاق، أو كان بسبب شرعي مقبول فلا قائل بالتعويض، لأنه لا تعسف هنا، أما إذا حصل الضرر للمطلقة، بأن كان طلاقها بدون أي سبب، ولغير حاجة، وهي بذلك ستحرم من نعمة النكاح، ويكسر قلبها بالفراق، اضافة الى عدم رغبة الازواج بها، وربما اتهامها بأنها ما طلقت الا لريبة أو تهمة، فعندئذ يتحقق الضرر من الطلاق التعسفي، وهو واجب الازالة، وقد تعذر ازالة عين الضرر كما ذكرت، فيجب ازالة آثاره بالتعويض.

أما وجوب التعويض عن الضرر بدفع مبلغ من المال على سبيل العقوبة فقد أجازت النصوص الشرعية[2]، وأقوال الفقهاء مبدأ التغريم بالمال عقوبة، ومن ذلك ما الزم به الشارع الحكيم من كفارة القتل خطأ، وكفارة الظهار، وكفارة الحنث في اليمين في خصالها المالية، إذ لا تعدو كونها ضرباً من التغريم بالمال على معصية: من فعل ما نهى الله عنه، أو ترك ما أمر الله تعالى به، وهي لا تعود على بيت المال، وانما على المستحقين لها.

وقد ثبت ذلك أيضاً بقضائه ﷺ في تغريم كاتم الضالة أن يردها ومثلها عقوبة على معصية الكتمان، وأمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وكسر القدور التي طبخت فيها لحوم الحمر الأهلية وتحريقه أمكنة المعصية، وهدمها، كما فعل في مسجد الضرار، وحرمان القاتل من الميراث، وغير ذلك من الاقضية الكثيرة الثابتة في الصحاح[3]، والتي تدل على ثبوت أصل مشروعية مبدأ التغريم بالمال في الفقه الاسلامي، وقد فعله الصحابة وطبقوه عملياً، كما في تغريم عمر رضي الله عنه حاطب بن أبي بلتعة ضعف قيمة الناقة التي سرقها مواليه، جزاء

---

(١) جامع العلوم والحكم: ٢٨٥.

(٢) الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب: ٣٤٧ ـ ٤٢٧ .

(٣) شرح صحيح مسلم: ١/١٢ ـ ٢٠.

على معصية تجويعهم، واحراق علي مال المحتكر جزاء على جريمة الاحتكار، ومصادرة مال المرتد[1]، ونحو ذلك، مما يدل دلالة واضحة أن أحكام الشريعة الاسلامية لا ترفض هذا المبدأ، بل تقره بالنص، وإذا قال المخالف بغير ذلك فان ادخاله في باب السياسة الشرعية يجعله مقبولاً للمصلحة، ولو لم يرد بخصوصه نص، فكيف وقد ورد؟ إلا أن بعض هذه الغرامات يعود على بيت المال كمصادرة الأموال، وبعضها لا يعود على أحد كالاتلاف والاحراق، وانما غايته الزجر.

من هنا أستطيع القول: أن الطلاق حق مشروع، واستعماله لغير حاجة مذموم شرعاً، وفاعله آثم والآثم، يستحق العقوبة ليس في الآخرة فقط، بل وحتى في الدنيا بأمر الحاكم، فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب مشروع مخالفاً بذلك حكم الشارع، ومرتكباً للاثم، فانه يستحق الزامه التعويض نتيجة لهذا الطلاق التعسفي، للادلة التي سبق ذكرها، عند من يرى ذلك من الفقهاء.

إلا أنني أرى أن وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي، مرتبط بالضرر الواقع نتيجة لهذا التعسف، وليس بمتعة الطلاق، ولذلك فهو يشمل كل من أوقع الطلاق على هذه الشاكلة، سواء كان الرجل أو المرأة اذا فوض اليها أمر الطلاق لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» إذ العبرة بحصول الضرر على المتضرر، ولا عبرة بمن أوقع الضرر، حتى أن الفقهاء أوجبوا الضمان على المتسبب بالتعدي، إذا أتلف مال غيره بقصد أو بغير قصد[2]، فاذا أوقع الزوج الطلاق، وتضررت به المرأة، فالأمر واضح. أما إذا كانت المرأة هي التي أوقعت الطلاق بما معها من تفويض بذلك، وأوقعته على وجه التعسف في استعمال الحق، وتضرر الزوج بهذا الطلاق، فالتعويض عليها واجب أيضاً، إذ لا أرى فرقاً بين ان يوقعه الزوج فتتضرر الزوجة، وبين أن توقعه الزوجة فيتضرر الزوج، وكون الزوج مالكاً للطلاق بحكم الشرع، والزوجة مالكة له بما ملكها اياه الزوج، لا يسقط حقه في التعويض عن الضرر الواقع عليه من استعمال وكيله [أو مفوضته] على وجه التعسف، وبدون سبب شرعي، لأن الوكيل ملزم بفعل ما فيه مصلحة الموكل،

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/٢٥١ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٦/٢٤٧ .

فاذا الحق به الضرر نتيجة تقصيره وتعديه، فانه يضمن[1].

ولا يعني أن الزوج ملكها الطلاق، أو فوضه اليها، أن توقعه بدون سبب مشروع، ولو الحق ذلك الضرر بالزوج المفوض، أو بالاسرة كاملة، فان نتيجة الطلاق واحدة سواء وقع من الزوج أو من الزوجة المفوضة. وهذا يختلف عن ايقاع الفرقة بين الزوجين من قبل القاضي، لأنها لا تكون إلا بسبب مشروع يثبت لدى القاضي فيحكم بالتفريق، ولا يكون أحد من الزوجين في هذه الحالة متعسفاً، وانما مدار التعسف على التصرف بالارادة المنفردة بالطلاق، سواء بارادة الزوج أو بارادة الزوجة المفوضة بالطلاق.

المطلب الثاني: السياسية الشرعية في المسألة

يتضح مما سبق أنه لم يرد نص شرعي خاص يوجب على المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة تعويضاً مالياً عن طلاقه لها، ان كان لغير حاجة مشروعة، لا من كتاب ولا من سنة ولا إجماع. وما ورد بخصوص المتعة لا يمكن اعتباره تعويضاً عن الطلاق التعسفي، لأنه عند القائلين بوجوبه، انما يجب لكل مطلق سواء كان الزوج متعسفاً في طلاقه لها أم غير متعسف، فأمر التعسف غير وارد في المتعة، وانما هو مرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق التي توجب التعويض على المتعسف في استعمال حقه، ومنه المطلق جزاءً مالياً على الضرر الواقع منه، والذي لا يمكن رفعه، لانه حكم شرعي، فلا أقل من ازالة آثاره، لأن الضرر يزال شرعاً بقدر الامكان، والتعويض المالي عن الضرر ممكن فيصار اليه

وقد وجد الفقهاء نتيجة الاستقراء لجزيئات الشريعة أن لنظرية التعسف ثلاثة معايير، إذا وجد واحد منها كان المستعمل لحقه متعسفاً، وترتب عليه جزاء التعسف وهي:

١ ـ المعيار الأول: استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار.

٢ ـ المعيار الثاني: ضآلة المصلحة قرينة على قصد الاضرار

(١) قواعد الاحكام في مصالح الأنام: ٢/١٢٦.

٣ ـ المعيار الثالث: عدم مشروعية المصلحة، التي يقصد تحقيقها من استعمال الحق[1].

وبتطبيق هذه المعايير على التعسف في استعمال حق الطلاق، يرى أن الذي يطلق زوجته بدون سبب شرعي أو لغير حاجة تدعوه لذلك، ولم يحدث منها ما يستوجب الطلاق، فانما يقصد الاضرار بها أو بأهلها للقرينة الدالة على ذلك، وهي عدم وجود أي سبب معقول يحمله على الطلاق، فإذا تمحض قصد الاضرار منه، يكون متعسفاً في استعمال حقه المشروع، ويكون التعويض في هذه الحالة واجباً رفعاً للضرر الواقع على المطلقة بقدر الامكان.

وكذلك إذا طلقها لسبب غير معقول ولا مقبول، ولو كان يحقق له مصلحة صغيرة أو ضئيلة لا تتناسب مع الضرر الذي سيقع من تطليقها، فانه يكون متعسفاً وفق المعيار الثاني لنظرية التعسف، فمن طلق زوجته لانها طلبت منه شيئاً غير واجب عليه أو أمراً يسيراً لا يوجب طلاقها، فهو مستعمل لحقه في الطلاق لغير حاجة شرعية، ويكون متعسفاً في ذلك.

والمعيار الثالث، وهو أوضح هذه المعايير دلالة على مسألتنا، لأنه اتضح أن الطلاق عند بعض الفقهاء محظور شرعاً، إذا كان لغير حاجة وبدون سبب معقول فاستعماله على هذا الوجه يكون تعسفاً، فاذا طلق الزوج زوجته مثلاً بسبب أنه يريد الزواج من غيرها، فان هذه المصلحة غير مشروعة؛ لانه يستطيع ذلك دون حاجة الى طلاق الأولى، فكيف إذا طلقها بدون أية مصلحة، لا جرم أنه يكون متعسفاً من باب أولى.

والذي أراه في هذه المسألة من باب السياسة الشرعية: أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهو تعويض مالي فيه معنى العقوبة على أمر محظور شرعاً بحسب الاصل، عند من يرى ذلك من الفقهاء، والعقوبة انما وضعت للزجر والردع؛ لأن الشارع لا يريد هذه المعصية فوضع لها عقوبة مناسبة وملائمة، فاذا رُئي ترجيح مذهب من يقول ان الطلاق محظور شرعاً، يكون ايقاعه دون سبب شرعي معصية لأمر الشارع، والتعويض

---

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق: ٣٤٤، الوسيط في شرح القانون المدني المصري نظرية الالتزام بوجه عام: ١/٨٤٢.

المفروض في هذه الحالة فيه معنى العقوبة حتى لا يقدم المسلم على تلك المعصية؛ لأنه إذا علم أن الحاكم سيفرض عليه مبلغاً من المال يعطى لمن أضر به إذا أوقع الطلاق متعسفاً، امتنع عن التسرع في ذلك واحتاط حتى لا يتعمد الاضرار بالغير، وفي هذا مصلحة له ببقاء نكاحه وحفظ ماله الذي انفقه في الزواج، واجتماع شمله باسرته وأولاده، وفيه أيضاً مصلحة للاسرة والمجتمع ببقائه متماسكاً تظلله المودة، لأن الطلاق يورث البغضاء والعداوة بين الاسر والأهل.

ولا شك أن تحقيق المصلحة للفرد والجماعة مما يجب على الحاكم مراعاته شرعاً، فيكون الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي عند القائلين به، مستنداً للمصلحة في هذه الحالة. وهي من أصول السياسة الشرعية.

إلا أنه يجب على الحاكم أن ينظر باستمرار الى مآل تطبيق هذا الحكم في الواقع المعاش، فإذا رأى أنه يحقق هذه المصلحة بأن يضيق باب الطلاق بلا حاجة ويمنع من التسرع في هذا الأمر الخطير، الذي يمس المجتمع بأسره، ويحقق قصد الشارع من مشروعية الطلاق، أصدر فيه أمره وامضاه على الناس، حكماً سياسياً يستند الى المصلحة المشروعة، واعتماداً على رأي من قال به من فقهاء المسلمين من قبيل التخير من الآراء الفقهية الاسلامية، وتبني الأحكام في المسائل المختلف فيها، لا تقليداً لاعداء المسلمين أو اعجاباً بأنظمتهم، أما إذا رأى نتيجة التطبيق، أن هذا الحكم لا يحقق تلك المصلحة، ولكنه يضيق الأمر على فقراء الأمة دون اغنيائها، حيث يمنعهم عدم المال من الاقدام على الطلاق، وقد يكون له ما يبرره، إلا أن الناس يفضلون اخفاء مثل هذه المبررات الخاصة حفاظاً على سمعة الاسرة والأولاد، أو كان مآله لا يحقق مقاصد الشارع، فان الحاكم في مثل هذه الحالة يعدل عن حكم التعويض، ويرجع الى ما يحقق مصلحة المسلمين، طالما أنه حكم فقهي مختلف فيه.

وفي ذلك مراعاة الأحوال الناس، وتيسير عليهم، وعمل بمبدأ مآلات الافعال، وأن النظر فيها معتبر مقصود شرعاً، وهو أصل من أصول السياسة الشرعية أيضاً.

المبحث الثالث

العدة

العدَّة : مصدر كـالعدِّ وهو احصاء الشيء، من عدَّه يعـده عدّاً، وعدَّةُ المرأة أيام اقرَائها[1] .

أما في الاصطلاح: فالمقصـود بالعدة هو: لزوم تربص مدة معـينة شرعاً دون زواج[2] . وقـيل: هي مـدة من الزمن مـعيـنة شرعـاً، لمنع المطلـقة المدخـول بهـا والمتوفى عنها زوجها من النكاح[3].

وهي بهذا الاطلاق في التعريف الأول، شاملة للمـدة التي تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها أو موت زوجها عـنها، كما تشمل أيضاً المدة التي يجب على الرجل أن يمضيها دون زواج، كمن طلق امرأته فيـحرم عليه التزوج بأختها حتى تنقضي عدتها. غير أن اصطلاح الفـقهاء جعل اسم العِدَّة خاصاً بتربص المرأة لا بتربص الرجل[4] .

وقـد بيّن القرآن الكريم أنواع العـدد، ومدة كـل نوع منها، ومـا يلزم المعتـدة في أثنائها، فذكـر سبحانه وتعـالى أربعة أنواع من العدد، شاملة لكل مـعتدة في الحالات الطبيعية على النحو التالي:

١ـ عدة الحـامل: وتتم بوضع الحمل مطلقاً، سـواء كانت بائنة أو رجعـية أو مـتـوفى عنهـا زوجـهـا يقـول تـعـالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٤].

وهذا العمـوم الوارد في النص يدل على أن جميع أولات الأحمـال المطلقات أوالمتوفى عنهن أزواجهن، داخلات في هذا العموم، كما يبين أن أجلهن أو مدة عدتهن هي وضع الحمل.

---

(١) لسان العرب المحيط: ٢/ ٧٠٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٥٩٨.

(٣) الشرح الصغير: ٢/ ٦٧١، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/١٣٦.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٥٩٨.

٢ ـ عدة المطلقة التي تحيض، وهي ثلاثة قروء قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. والقرء، اسم مشترك يشمل الطهر والحيض، إلا أن المهم في ذلك، أن عدة المطلقة التي تحيض هي ثلاثة قروء، وهذا واضح أنه في المدخول بها، لأن غير المدخول بها لا تجب عليها عدة الطلاق لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً﴾[الأحزاب:٤٩].

وهو صريح في أن غير المدخول بها لا عدة عليها، فيكون وجوب العدة بثلاثة قروء، خاصاً بالمطلقة بعد الدخول من ذوات الاقراء، لا من أولات الحمل.

٣ ـ عدة المرأة التي لا حيض لها سواء كانت صغيرة السن لا تحيض أو كبيرة قد يئست من المحيض، وقد بين القرآن الكريم عدة المرأة في هاتين الحالتين بقوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]، أي فعدتهن كذلك [1]. وهذه هي العدة بالاشهر.

٤ ـ عدة المتوفى عنها زوجها غير الحامل، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة، فان عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] أما الحامل فقد خرجت بعموم قوله تعالى ﴿وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

هذه هي أنواع العدة التي ذكرها القرآن الكريم وأيدتها السنة المطهرة، ولا نزاع فيها بين العلماء.

ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في مسائل لم يرد فيها النص، وليس هذا مجال بحثها، وأذكر منها المسائل المتعلقة بالسياسة الشرعية وهي:

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٧.

المسألة الأولى: المعتدة بالحيض:

المعتدة بالحيض إذا انقطع حيضها أثناء العدة وتسمى فقهاً «المتحيرة»[1] وممتدة الطهر: فقد تطلق المرأة ذات الحيض، وفي هذه الحالة يجب عليها أن تعتد بثلاثة حيضات، عند من يرى أن معنى القرء هو الحيض، فيطرقها مرة أو مرتين ثم يرتفع حيضها لسبب أو لغير سبب، فهي لم تكمل الثلاث حيضات مدة العدة، فهل تنتظر الى ما لا نهاية حتى يطرقها الحيض مرة ثالثة، أو تتغير عدتها المنصوص عليها؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على النحو التالي:

١ ـ **مذهب الحنفية:** أنه إذا لم تمض لها ثلاث حيض، بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي، وان مكثت سنين، ما لم تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر، وسن الاياس عندهم خمسون سنة على القول المفتى به، وقيل للرومية خمس وخمسون ولغيرها ستون، وقيل ستون مطلقاً، وقيل سبعون[2] .

واستدلوا على ذلك بأن النص ورد في عدة ذات الاقراء، كما ورد في من بلغت سن اليأس وهذه من ذوات الاقراء، حيث حاضت مرة أو مرتين فلا تنقضي عدتها الا بالثالثة اعمالاً للنص فاذا دخلت في سن اليأس، فقد بين الشارع عدتها بالاشهر اما قبل ذلك فلابد أن تنقضي عدتها بالحيضة الثالثة.

لذلك قالوا: انه إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غيره، بقيت في العدة حتى تحيض أو تبلغ سن اليأس[3]، وقالوا: ان المسألة نصية لا قياسية[4] . ولا يخفى ما في هذا القول من اطالة أمد العدة على المطلقة.

لذلك ذهب متأخرو الحنفية الى القول بأنه يفتى بهذه المسألة بقول مالك للضرورة من أنها تعتد بسنة. كما قال ابن عابدين « ولو قضى مالكي بذلك

---

(١) ممتدة الحيض أو ممتدة الطهر أو المتحيّره التي نسيت عادتها، رد المحتار على الدر المختار: ٦٠١/٢.

(٢) شرح فتح القدير: ١٤٣/٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٩/٣.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٦٠٢/٢ .

(٤) شرح فتح القدير: ١٤٦/٣، الاختيار لتعليل المختار: ١٧٥/٣.

نفذ»[1]، لأنه مجتهد فيه.

إلا أن مذهب الحنفية هو الأول، ومفاده أنها إذا حاضت ثم امتد طهرها فتعتد بالحيض الى أن تبلغ سن اليأس، وغير هذا القول في المذهب غريب مخالف لجميع الروايات. وهو قول عطاء وطاووس والشعبي والزهري والثوري وأبو عبيد.

٢ ـ أما مذهب المالكية: فقد رأوا أن من تأخر حيضها بعد طلاقها لغير عذر، أو لعذر غير الرضاع، تربصت سنة كاملة وحلت للأزواج بعد السنة، منها تسعة أشهر مدة الحمل غالباً لزوال الريبة، ثم تعتد بثلاثة أشهر تمام السنة وهي عدة الايسة، فهذه سنة بيضاء لا دم فيها.

وقد جمعوا بين عدة الحمل وهي أطول عدة، وعدة اليأس دفعاً للتوهم كما قالوا مع القطع ببراءة رحمها بعد حيضة واحدة، وحتى لا تطول عليها العدة، فتتضرر بذلك[2].

٣ ـ أما مذهب الشافعية: فقد ورد عن الشافعي روايتان: الأولى: أن من انقطع دمها لعلة تعرف، كالرضاع أو المرض، تصبر حتى تحيض فتعتد بالاقراء أو تيأس، بمعنى أن تصل الى سن اليأس، وهو عندهم اثنتان وستون سنة في حده الأقصى، فتعتد حينئذ بالأشهر، ولا يبالي بطول مدة الانتظار، وكذا إذا انقطع دمها لا لعلة تعرف. فعليها أن تصبر حتى تحيض فتعتد بالاقراء، أو تيأس فتعتد بالاشهر. أي أنهم لم يفرقوا بين من انقطع دمها لعلة أو لغير علة، وهذا قول الشافعي في المذهب الجديد. وعللوا ذلك بقولهم: أن الله تعالى لم يجعل الاعتداد بالاشهر إلا للتي لم تحض والآيسة، وهذه ليست واحدة منهما، لأنها ترجو عود الدم، فاشبهت من انقطع دمها لعارض معروف. وهم في هذه الحالة يلتقون مع الحنفية رأياً ودليلاً.

والرواية الثانية عند الشافعية وهي في القديم من المذهب: أنها تتربص غالب مدة الحمل، وهي تسعة أشهر لتعرف فراغ الرحم، لأن الغالب أن الحمل لا

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٠٢.

(٢) الشرح الصغير: ٢/٦٧٥، جواهر الاكليل شرح مختصر خليل: ١/٣٨٥، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/١٤٢.

يمكث في البطن أكثر من ذلك، وقالوا: كان يقضي به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بين المهاجرين والأنصار، ولم ينكرعليه، فكيف تجوز مخالفته؟ وفي قول من القديم تتربص أكثر مدة الحمل، وهي أربع سنين عندهم لتعلم براءة الرحم بيقين، وفي قول آخر: أنها تتربص ستة أشهر أقل مدة الحمل[1].

وحاصل ما ورد في المذهب القديم أنها تتربص مدة الحمل، ولكن غالبه أو أكثره أو أقله، هذا الذي وقع الخلاف فيه، ثم تعتد بالاشهر على جميع هذه الأقوال، إذا لم يظهر حمل.

وهذه الرواية في المذهب، تلتقي مع ما ذهب اليه المالكية من أنها تعتد بسنة أو مدة الحمل مضافاً اليها مدة عدة اليائسة، وهي ثلاثة أشهر.

٤ ـ **أما مذهب الحنابلة**: فقد جاء فيه أن ذات القرء إذا ارتفع حيضها، لا تدري ما رفعه، اعتدت بتسعة أشهر للحمل لتعلم براءة رحمها، لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل، فإذا لم يبن الحمل فيها، علم براءة الرحم ظاهراً، فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر، فتكون جملة عدتها سنة.

وعللوا ذلك: أن الغرض من العدة معرفة براءة رحمها، وهذا تحصل به براءة رحمها، فاكتفي به، ولأن عليها في تطويل العدة ضرراً، فانها تمنع من الازواج، وتحبس دائماً، ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والنفقة عليه، وقد قال ابن عباس: لا تطولوا عليها الشقة، كفاها تسعة أشهر.

وأجابوا على اعتراض من يقول: أن براءة الرحم ظاهراً تعلم بمضي تسعة أشهر، فلم تعتد ثلاثة أشهر بعدها؟ بأن الاعتداد بالقروء والأشهر معاً، انما يكون عند عدم الحمل، وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم، بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل، فوضعته وقع الطلاق من تاريخ حصول المعلق عليه، وهو الحمل، ولزمتها العدة بعد ذلك[2].

وهذا يلتقي مع مذهب المالكية، واحدى الروايتين عن الشافعي، وقضاء عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، وهو رواية عن الحسن.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٣٨٣.

(٢) المغني: ٨/٩٦، ١١٠.

٥ ـ **وقد ذهب ابن حزم الى ما ذهب اليه الحنفية:** فقال: « ان حاضت حيضة ثم لم تحض، أو حاضت حيضتين ثم لم تحض، أو انتظرت الحيضة الأولى فلم تأتها، بعد أن كانت قد حاضت في عصمة زوجها أو قبلها، فلابد لهؤلاء كلهن من التربص أبداً حتى يحضن تمام ثلاث حيض، كما أمر الله عز وجل، أو حتى يصرن في حد اليأس من الحيض، فاذا صرن فيه استأنفن ثلاثة أشهر ولابد، لأن الله تعالى لم يجعل العدة ثلاثة أشهر إلا على اللواتي لم يحضن، وعلى اليائسات من المحيض، وهذه ليست واحدة منهما، فإذا صارت من اليائسات، فحينئذ دخلت في أمر الله تعالى لها بالعدة ثلاثة أشهر »[1].

ويلاحظ أن الفقهاء اتجهوا اتجاهين في هذه المسألة أحدهما: القول بأنها تتربص أبداً حتى تبلغ سن اليأس، وهذا فيه ما فيه من الضرر على المرأة وحبسها عن النكاح، والثاني: أنها تعتد بسنة، منها تسعة أشهر غالب مدة الحمل، وثلاثة أشهر عدة اليائسة وبعد ذلك تحل للأزواج.

والسبب في اختلافهم كما يظهر من أدلتهم: أن أصحاب الاتجاه الأول رأوا أن العدة من الأمور التعبدية التي لا تعلل، فهي محكومة بالنص، بينما رأى أصحاب الاتجاه الثاني أنها معللة ببراءة الرحم، ولا شك أنها تتحقق بالسنة، بل فيها مزيد احتياط لهذا الأمر.

المناقشة والترجيح:

والذي أراه: أن المطلقة إذا حاضت مرة أو مرتين ثم دخلت سن اليأس، تعتد ثلاثة أشهر عدة الأيسة، إذا لم يظهر بها حمل، وهذه المسألة ليست محل النزاع. وانما يحصل النزاع في المطلقة التي لم تقترب من سن اليأس، ولم تدخل فيه حسب عادة النساء، ثم انقطع حيضها بعد الطلاق، وقبل انقضاء عدتها بالحيضة الثالثة، ولم يظهر فيها حمل، فهذه التي ذهب الجمهور من العلماء من المالكية والحنابلة والشافعية في أحد القولين عندهم الى أنها تعتد سنة ثم تحل بعد ذلك للأزواج. **وهذا الرأي هو الذي أرجحه للأسباب التالية:**

١ ـ ان قول المخالفين بأن المسألة نصية لا قياسية غير مسلم، لأنها لم يرد

---

(١) المحلى: ٢٦٩/١٠.

بخصوصها نص، وانما ورد النص بذات الاقراء وباليائسة، وهذه ليست منهما، لانقطاع حيضها قبل بلوغ سن اليأس بسنوات طويلة، فليست بيائسة، لانها لم تبلغ هذا السن عادة، وليست بذات قرء، لانقطاعه من غير حمل.

ثم ان القول بأن العدة مسألة نصية، خاص بمدتها حسب ما هو وارد في القرآن الكريم، فلا اجتهاد في تغيير هذه المدة لواحدة من أصحاب العدة المنصوص عليها، أما ما بعد ذلك من تعليل للنص في أنه للتأكد من براءة الرحم، فقد رأى غيرهم من العلماء ذلك، والمسألة في التعليل وعدمه موضع اجتهاد فلا يحتج بها على المخالف.

٢ - ان القول بأن عليها أن تعتد أبداً حتى تحيض أو تدخل في سن اليأس، لا دليل عليه من كتاب أو سنة، وانما ورد النص بخصوص ذات الاقراء أو الحامل أو اليائسة أو المتوفى عنها زوجها وهذه ليست واحدة منهن، والزامها بالعدة أبداً مخالف لأطول مدة في العدد المنصوص عليها، كما أنه لا يخفى ما فيه من ضرر بالغ على المرأة التي طلقها زوجها، حيث ستلزم بالامتناع عن الزواج الى مدة لا يعلمها إلا الله، وإذا بلغت سن اليأس فليس للازواج فيها رغبة، اضافة الى ما فيه من ضرر على الزوج نفسه، حيث سيلزم بأحكام عدتها من نفقة وسكنى وميراث ونحو ذلك.

٣ - ان أصحاب الاتجاه الأول من الحنفية، رجع المتأخرون منهم عن القول بما رآه المتقدمون، وخالفوه في ذلك، وأفتوا بمذهب الجمهور وذهب بعضهم الى جواز الحيلة في الخلاص من هذه المشكلة بأن يقضي بانتهاء العدة بمدة سنة قاض مالكي[1] ممن يرون ذلك، فيجوز حكمه ولو كان مخالفاً لمذهب الحنفية، لانها فتوى تأكدت بحكم القاضي، وما ذلك إلا لما ظهر لهم من المشقة الحاصلة بتطبيق المذهب، ومن أن الفتوى بخلافه أقرب الى الصواب وأبعد عن الضرر، وهي المحققة للمصلحة في هذه المسألة.

٤ - أرى أن وجوب العدة على المطلقة معلل بالتأكد من براءة الرحم، لحفظ الأنساب وضمان عدم اختلاطها، بدليل أن الله تعالى لم يوجب العدة على غير المدخول بها، بخلاف عدة الوفاة التي أوجبها على المتوفى عنها زوجها سواء

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٠٢.

كانت مدخولاً بها أم غير مدخول بها، لأن العلة فيها اظهار الحزن على فقد الزوج، وليس التأكد من براءة الرحم، بدليل أنها لو كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل وليس بالاشهر والأيام على حد قول من يرى أنها تعتد بأبعد الأجلين[1].

لذلك فالعلة متحققة بالسنة على وجه التأكيد، حيث ستلزم بانتظار مدة الحمل، وهي تسعة أشهر، ثم تستمر في العدة مدة ثلاثة أشهر أخرى، فهذه سنة كاملة لا يعقل بعدها أن يكون رحمها مشغولاً بحمل، أو يقال أنها لم تنته عدتها.

٥ ـ اضف الى كل ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة، ووافقه معظمهم على ذلك، ويسعنا ما وسعهم، ولقد ادعى أنه حصل اجماع من الصحابة على ذلك[2]، والواقع أنهم لم يجمعوا، حيث خالف في ذلك علي وعثمان وزيد بن ثابت[3]، ولا حاجة للاستدلال بالاجماع، ولكن أكثر الصحابة في زمن عمر قد وافقوه على اجتهاده في هذه المسألة، وعلى حكمه فيها، فقد روى ابن القيم رحمه الله أنه صح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه قضى في امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم يرتفع حيضها لا تدري ما رفعه، أنها تتربص تسعة أشهر، فان استبان بها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر[4]، ولهذا قال جمهور العلماء أنها تحل بعد ذلك للازواج ولو كانت بنت ثلاثين سنة أو أربعين، كما روي عن الشافعي أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب قضى به بين المهاجرين والانصار، ولم ينكر عليه فكيف تجوز مخالفته[5].

لكل هذه الاسباب فإنني أرى ترجيح مذهب الجمهور، القائلين بأنها تعتد سنة كاملة، وفي هذا القول احتياط للانساب بالتأكد من براءة الرحم بيقين من

---

(١) المغني: ٨/١١٧.

(٢) أوليات الفاروق السياسية: ١٥١ .

(٣) المغني: ٨/١١٠.

(٤) زاد المعاد في هدي خير العباد: ٤/٢٠٦.

(٥) مغني المحتاج: ٣/٣٨٧.

جهة، ورفع الضرر عن المطلقة وزوجها بتطويل مدة العدة عليها الى درجة لا يقبلها العقل من جهة أخرى، وليس فيه مخالفة لنص من كتاب أو سنة، بل ان ايجاب العدة عليها أبداً، لا دليل عليه من كتاب أو من سنة.

السياسة الشرعية في المسألة:

تبين أن النص الوارد في العدة خاص بمن ذكر، وليس في مسألة ممتدة الحيض أو المتحيرة نص خاص يلزم بمدة معينة، وان قال قائل بورود النص، فيجاب: بأن العدة معلومة العلة، وليست من الامور التي لا تدرك علتها، وبالتالي لا يكون للاجتهاد مورد فيها. والدليل على ذلك فعل عمر رضي الله عنه وقضاؤه بأمرها، وفهم من معه من الصحابة لهذه المسالة، بأنها لا تدخل تحت أي نوع من أنواع العدة المنصوص عليها، والا ما ساغ لهم الاجتهاد في مورد النص.

وحيث انه لا نص على حكم هذه المسألة بخصوصها، فهي بذلك تكون داخلة في مسائل السياسة الشرعية من حيث مجالها، والذي يظهر واضحاً أن الاخذ بمذهب الحنفية والظاهرية ومن معهم بأنها تحيض أبداً حتى تبلغ سن اليأس فتعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، فيه من المشقة والضرر والحرج ما تأباه الشريعة الاسلامية، ولا يتفق مع مقاصدها وقواعدها العامة، لأن الضرر في الشريعة ممنوع، والحرج فيها مرفوع، وكل ما ادى الى ذلك فهو غير مشروع.

أما ما ذهب اليه الجمهور من القول بأن ممتدة الحيض أو المتحيرة تعتد سنة فقط، فهو الموافق لأحكام الشريعة ويسرها، مع أن براءة الرحم تتحقق بوضع الحمل، ومدته تسعة أشهر إذا كانت المطلقة من أولات الاحمال، وبثلاثة قروء ومدتها ثلاثة أشهر إذا كانت من ذوات الحيض، إلا أن جمع المدتين عليها نظراً لوضعها الخاص - حيث لم يتضح أنها من ذوات الحمل أو من ذوات القرء - فيه احتياط للانساب، وهو مطلوب شرعاً، ولا تضرها مدة التربص، لانها لن تكون طويلة بالقدر الذي قال به الآخرون، بل هي مدة مقدور عليها غالباً، وهي تكليف بمشقة معتادة.

والذين قالوا بمدة السنة، انما نظروا الى الضرر الواقع على المطلقة بمنعها من الزواج مدة طويلة، قد تستغرق عمرها كله أو معظمه، ومن الثابت شرعاً أن الضرر يزال، وهو واقع أيضاً على الزوج الذي سترهقه نفقاتها، ولن يباح له التزوج بأختها أو بخامسة حتى تنقضي عدتها، وهي غير معلومة، فالضرر حاصل على الطرفين، والحرج ثابت، ورفع الحرج وازالة الضرر مأمور بهما شرعاً، والعمل بما يرفعهما موافق لمقاصد الشريعة وقواعدها الكلية، وهذه من مستندات السياسة الشرعية واصولها المعتبرة.

ولا أدل على تحقق المصلحة في قول الجمهور، من رجوع متأخري الحنفية اليه والفتوى به.

فان التطبيق العملي اثبت وقوع الضرر والحرج على المكلفين بانتظار هذه المدة الطويلة، فكان من المصلحة أن يفتى بما يرفع الضرر والحرج عنهم، سداً لذريعة الفساد، أو اعتباراً لهذا المآل الممنوع، وهو التكليف بما لا يطاق.

فمما لا شك فيه أن بقاء المرأة المطلقة مدة طويلة قد تصل الى عشرات السنين، دون أن تمكن من الزواج بالطرق المشروعة، سوف يوقعها في الحرج إن هي صبرت، أو في المعصية ان عجزت عن الصبر، وإذا أدى هذا القول الى مثل هذا المحظور الشرعي، وجب سده بجعل عدتها سنة كاملة، درءاً للمفسدة عنها وعن المجتمع، ودرء المفاسد أيضاً من أصول السياسة الشرعية، فكان القول بما ذهب اليه الجمهور موافقاً لأحكام السياسة الشرعية، وهو الذي تشهد له المصلحة المعتبرة.

المسألة الثانية: ثبوت العدة من يوم الاقرار زجراً:

الاصل في العدة لطلاق أو الوفاة أنها تثبت من يوم الطلاق أو الوفاة، ويجب على المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تعتد من يوم حصول الطلاق أو من يوم حصول وفاة الزوج، إلا أن العلماء استثنوا من هذا الاصل حالة اقرار الزوج بوقوع الطلاق منه، واسناده هذا الوقوع الى تاريخ سابق، مع عدم علم الزوجة به، كأن يقول الزوج: انني كنت قد طلقت زوجتي قبل سنتين مثلاً وهي لا تعلم بذلك، فالاصل أن يقع الطلاق من التاريخ الذي اسنده اليه الزوج، لأنه

يملك ايقاعه في أي وقت ومع علم الزوجة به أو عدم علمها، لأن من يملك الانشاء لا يكذب بالاقرار ، فالاقرار لا يحتاج في ثبوته الى تصديق[1] ، فهو يملك أن يطلقها في هذه اللحظة مثلاً، فلا يكذب بقوله انني طلقتها بتاريخ سابق، إلا أن هذا الاصل قال الفقهاء بخلافه وجعلوا مبدأ العدة في هذه الحالة من وقت الاقرار، لأن الزوج كتم الطلاق عن الزوجة والحق بها الضرر بإطالة العدة عليها، وهي تظن انها زوجة، فإذا هي مطلقة، وقد يكون الزوج قاصداً من ذلك أن يتزوج بأختها، فحتى لا يلزم بانتظار مدة تنقضي عدة زوجته فيها، يقر بالطلاق مسنداً الى تاريخ سابق، فتكون الزوجة قد بانت منه، ويحل له ان يتزوج بأختها، أو بخامسة، ونحو ذلك.

هذه هي صورة المسألة وقد وردت في فقه الحنفية والمالكية على النحو التالي:

مذهب الحنفية: قالوا: ان مبدأ العدة بعد الطلاق وبعد الموت على الفور، وتنقضي العدة وإن جهلت المرأة بهما، لأنه أجل فلا يشترط العلم بمضيه، سواء اعترف الزوج بالطلاق أو أنكر، فلو طلق امرأته ثم انكره، وأقيمت عليه بينة، وقضى القاضي بالفرقة، كأن ادعته عليه في شوال، وقضى به في المحرم، فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء. أما لو أقر بطلاقها منذ زمان ماض، فان الفتوى أنها من وقت الاقرار، نفياً لتهمة المواضعة، وهذا هو ظاهر كلام محمد في المبسوط. وجاء في الكنز: انها تعتبر من وقت الطلاق، إلا ان المتأخرين من الحنفية اختاروا وجوبها من وقت الاقرار، حتى لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها، زجراً له، حيث كتم طلاقها. وهو المختار[2].

وقد حاول السغدي من الحنفية أن يوفق بين ما ذهب اليه المتقدمون من الحنفية والمتأخرون منهم، فحمل كلام محمد على ما اذا كانا متفرقين في الوقت الذي أسند اليه الطلاق أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد.

وجاء في فتح القدير « ان فتوى المتأخرين مخالفة للائمة الأربعة وجمهور

(١) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: ٦٩.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦١٠، شرح فتح القدير: ٤/١٥٤.

الصحابة والتابعين، وحيث كانت مخالفتهم للتهمة، فينبغي أن يتحرى به محالها، والناس الذين هم مظانها»(1).

وحاصل ما عليه الفتوى عند المتأخرين من الحنفية، أنه لو كتم طلاقها لم يحكم بانقضاء عدتها، بل تبدأ عدتها من تاريخ اقراره، لا من تاريخ اسناد الطلاق لزمن سابق، وذلك زجراً له عن الكتمان(2).

أما مذهب المالكية: فقد جاء فيه: أنه ان أقر بطلاق متقدم استأنف العدة من اقراره، وهذا يعني أن الشخص إذا أقر في صحته أنه وقع منه طلاق على زوجته ولا بينة له بذلك، فانه يؤاخذ باقراره في الطلاق، فيلزمه ما أقر به من أمر الطلاق، ولا يقبل منه في تاريخ الطلاق المتقدم، لأنه يتهم على اسقاط العدة، وهي حق لله تعالى، فتستأنف المرأة العدة من يوم أقر بالطلاق، أما ان كانت له بينة تشهد باقراره، فالعدة من الوقت الذي ذكرت البينة أنه طلق فيه(3).

هذا ما ذكره فقهاء الحنفية والمالكية في المسألة ولم أجد لغيرهم من الفقهاء قولاً فيها، فكأنهم بقوا على الاصل، وهو وجوب العدة من تاريخ الطلاق، ولو أسنده الى تاريخ سابق.

ومن الملاحظ: أنه لا يبحث في المسألة إذا قامت عليها بينة وليست في محل النزاع، لأن البينة مستند للحكم ولا عبرة بما يقوله أحد الزوجين خلافاً للبينة، وانما صورة المسألة موضوع البحث، هو ما ذكر من اقرار الزوج بطلاق زوجته، واسناده هذا الاقرار لتاريخ سابق، يكفي لانقضاء عدتها، وهي لا تعلم، ففي هذه الحالة لا يقبل الحنفية ولا المالكية اقراره بخصوص التاريخ، ويلزمونه بالطلاق، ولكن وجوب العدة يكون من تاريخ اقراره بهذا الطلاق، زجراً له عند الحنفية، وللتهمة عند المالكية. وهذا التعليل من فقهاء المذهبين، هو موضع السياسة الشرعية في المسألة.

---

(1) شرح فتح القدير: ١٥٥/٤.

(2) رد المحتار على الدر المختار: ٦١١/٢.

(3) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٤٥/٤.

السياسة الشرعية في المسألة:

من المتفق عليه أن المقر مؤاخذ باقراره[1] . ولكن هذا ليس على اطلاقه، لذلك جاءت القاعدة الأخرى لتبين: أن الاقرار حجة قاصرة على المقر [المادة ٧٩ من المجلة] فلا يجوز أن يتعدى أثر الاقرار الى الغير، ولا يلزم الأخرون باقرار غيرهم عليهم. ومن هنا فان اقرار الزوج بأنه أوقع الطلاق على زوجته ملزم له، وهو مؤاخذ به فلا يجوز لـه الرجوع عن هذا الاقرار. أما اسناده ايقاع الطلاق الى تاريخ سابق، فان هذا الاقرار يؤثر على الزوجة، ويمس حقوقها، فهي لا تعلم بالطلاق وكل ظنها أنها زوجة، لذلك لا تستطيع حتى مجرد التفكير بالزواج من غيره، لانها على عصمته، كما أنها لا تستطيع أن تطالب بحقوقها الشرعية المتوقفة على البينونة وانقضاء العدة من الطلاق، كالمهر المؤجل، ونفقة العدة، ونحو ذلك، فاذا اسند الزوج الطلاق الى تاريخ سابق ولم تعلم الزوجة به، إلا بعد انقضاء عدتها بزمن، فإن حقوقها المذكورة ستضيع عليها، اضافة الى حبسها عن الزواج، أو ربما أراد الزوج باسناده الطلاق الى تاريخ سابق أن يبينها، وتكون منقضية العدة منه، حتى يتمكن من زواج أختها أو التزوج بأربع، كما علل ذلك فقهاء المالكية، وهذه التهمة تجعل اقراره مظنوناً أو مشكوكاً فيه، وقد دلت القرائن على وجود مثل هذه التهمة، والقرينة هنا هي كتمان الطلاق وعدم ابلاغ الزوجة به، حتى انقضت عدتها ومضى عليها زمن، وهي لا تعلم بطلاقها.

لذلك رأى المتأخرون من الحنفية أن هذا الكتمان من الزوج لأمر طلاقه، الحق الضرر بالزوجة، وهو غير محق فيه، فيجب زجره عن مثل هذا العمل، ورأوا أن الزجر يكون بعدم اعتبار اقراره في اسناد تاريخ الطلاق، والزامه بالطلاق الذي أقر به، ولكن لا تبدأ العدة إلا من تاريخ هذا الاقرار، كأنه أوقع الطلاق اليوم، حتى لا تتضرر الزوجة بضياع حقوقها، كالنفقة التي تستحقها بوصفها زوجة، ونفقة العدة التي تستحقها بعد الطلاق، ومهرها المؤجل الذي تستحقه بانقضاء العدة، ونحو ذلك وحتى يرد عليه قصده.

أما تعليل المالكية فمقتضاه العمل بالقرائن التي تدل على أنه متهم باقراره،

---

(١) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: ٦٦.

وهذه التهمة تجعل الاقرار غير معتبر في الاثبات، ولا تبنى عليه الأحكام الشرعية، حفظاً لحق الله تعالى في أحكام العدة، سواء ما يتعلق منها بالمرأة أو بالزوج المطلق.

لذلك تكون هذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية، ومستندها المصلحة، ورفع الضرر عند الحنفية، والحكم بالتهمة واعتبار القرائن عند المالكية، وجميعها من أصول السياسة الشرعية.

المسألة الثالثة: إذا تزوجت المطلقة بعد انقضاء عدتها فهو دليل على اقرارها بانقضاء العدة:

وردت هذه المسألة في فقه الحنفية، وصورتها: أن تطلق امرأة، ثم تمضي المدة التي يحتمل أن تنقضي بها عدتها من هذا الطلاق، وتتزوج بزوج آخر، فاذا حصل نزاع بينها وبين زوجها الأول حول حق من حقوقها عليه، ثم قالت الزوجة ان عدتي لم تنقض من الأول، ولا زلت في العدة، فهل يقبل منها هذا القول وقد تكتم أمر زواجها من الثاني أو يطلقها الثاني ؟!

الثابت في فقه الحنفية أن القول في انقضاء العدة هو قول المطلقة بيمينها [1]، ولكن في هذه الحالة لو قالت الزوجة ان عدتها لم تنقض، وحلفت اليمين وفق قولها، فقد نص الحنفية على عدم قبول ذلك منها جاء في رد المحتار « لو تزوجت بآخر بعد مدة تنقضي في مثلها العدة، فلو قالت بعده لم تنقض، لم تصدق، لأن الاقدام عليه دليل الاقرار »[2] .

وقولهم لم تصدق مع أن الاصل في انقضاء العدة أن يقبل قولها مع يمينها، إذا لم يكن للزوج بينة على ذلك. فمن حقه أن يقيم البينة، ومن حقها أن يقبل قولها باليمين، هو استثناء من هذا الاصل، وخروج عليه. وقد عللوا ذلك بوجود القرينة الدالة على اقرارها السابق بانقضاء العدة حيث أنه لم يصدر منها اقرار قولي، وانما هو اقرار ضمني تدل عليه قرينة فعلها للزواج من آخر، لأن حال المسلم تحمل على الصدق والصلاح، فلو أن عدتها لم تنقض لما تزوجت

---

(١) شرح فتح القدير: ٤/١٥٦ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦١٢.

من زوج آخر، وهي تعلم أن ذلك محرم شرعاً. فهذا الاقرار الضمني منها، وهو فعل الزواج، يمنعها من الرجوع عن ذلك والادعاء بخلافة، فإذا قالت لم تنقض العدة بعد ذلك، لا تصدق في قولها لدلالة الفعل على نقيضه، وهو اقدامها على الزواج من غيره.

السياسة الشرعية في المسألة:

ان فقهاء الحنفية استثنوا حكم هذه المسألة من الاصل الثابت عندهم، وهو أن كل من كان القول قوله لا يقبل الا بيمينه، وفي أمر انقضاء العدة القول في ذلك قول المرأة مع اليمين، إذا عجز الزوج المطلق عن الاثبات، لأن أمر انقضاء العدة لا يعرف غالباً إلا من قبلها، إن لم تكن بوضع الحمل فانه ظاهر يمكن اثباته، أما انقضاء العدة بالقرء مثلاً فلا يعرف إلا من قبلها، واليمين: توثيق وتأكيد لقولها، ومزيد من الاحتياط في حق الله تعالى وحقوق العباد.

وهذا الاستثناء من الاصل، استحسنه الحنفية، لوجود القرائن الدالة على الكذب، وان قالت وحلفت؛ لأنها أقدمت على الزواج من زوج آخر، وهذا الفعل منها دليل على انقضاء عدتها، لأن الشان في المسلم أن لا يرتكب المحرم، وزواجها قبل انقضاء عدتها من الأول حرام شرعاً، لأنها تكون معتدة الغير، فنزلوا هذا الاقدام على الزواج منزلة الاقرار الضمني بمضي العدة بدلالة القرائن، والرجوع عن الاقرار غير مقبول في حقوق العباد، حيث يتعلق بفسخ الزواج حق الزوج، اضافة الى حق الله تعالى، وهذا حكم بالقرائن. والحكم بالقرائن من السياسة الشرعية؛ لذلك قالوا انها لو ادعت بعد زواجها أن عدتها لم تنقض وحلفت اليمين على ذلك، لا يقبل منها ولا تصدق في هذا القول، ولولا هذه القرينة، وهي اقدامها على الزواج لكان قولها مقبولاً في انقضاء العدة.

ولا دليل للحنفية على مخالفتهم لهذا الاصل من كتاب ولا من سنة، ولكنه عمل بالقرائن، واعتماد على الافعال التي نزلوها منزلة الاقرار، وهو فقه حسن تؤيده السياسة الشرعية.

المسألة الرابعة: عدم قبول قول المرأة المطلقة بانقضاء عدتها قبل مرور ثلاثة أشهر:

ذكر سابقاً أن المطلقة ذات الاقراء تعتد بثلاثة قروء لقوله تعالى ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقد اختلف الفقهاء في معنى القرء، فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الى أنه الطهر، وقال الحنفية هو الحيض، كما أنهم اختلفوا في أقل الحيض، وأقل الطهر التي تصدق المرأة فيه بانقضاء عدتها.

فمذهب الحنفية أن أقل مدة تصدق فيها بانقضاء عدتها هي ستون يوماً، فيجعل كأنه طلقها في الطهر بعد الوطء، ويؤخذ لها أقل الطهر خمسة عشر، لأنه لا غاية لأكثره، وأوسط الحيض خمسة لأن اجتماع أقلهما نادر، فثلاثة اطهار بخمسة وأربعين يوماً، وثلاث حيض بخمسة عشر، فصارت ستين يوماً، وهذا على تخريج محمد لقول الامام. أما على تخريج الحسن له، فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة عليها، ويؤخذ لها أقل الطهر وأكثر الحيض، ليعتدلا، فطهران بثلاثين يوماً، وثلاث حيض بثلاثين أيضاً، فتكون أقل مدة تصدق فيها المطلقة بانقضاء عدتها عند الامام ستين يوماً.

وعند الصاحبين أقل مدة تصدق فيها الحرة تسعة وثلاثون يوماً، ثلاث حيض بتسعة أيام، وطهران بثلاثين يوماً[1].

ومذهب المالكية أن القرء هو الطهر، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً، أما أقل الحيض فيرجع الى العرف عندهم، واخبار النساء العارفات بعادة بلادهن، فقد تعد العارفات اليوم حيضاً باعتبار بلدهن، وقد تعد عارفات اخر أقل منه حيضاً باعتبار بلدهن أيضاً. فلو جعلنا أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وأقل الحيض يوماً واحداً أو بعض يوم، فتكون أقل مدة تصدق فيها المرأة بانقضاء عدتها هي ثمانية وأربعون يوماً، خمسة وأربعون منها لثلاثة اطهار، وثلاثة أيام أو بعضها لثلاث حيض[2].

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦١٢.

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/١٣٦، الشرح الصغير: ٢/٦٨٠.

ومذهب الشافعي أنه لا يقبل قول المرأة في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، ولا يقبل في أقل من ذلك بحال، لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك، لأن أقل الحيض عنده يوم وليلة، وأكثره خمسة عشر يوماً بلياليهن، فان طلقها فحاضت بعد لحظة، انقضت عدتها بمضي طهرين آخرين والشروع في الحيضة الثالثة، وان طلق في الحيض فلابد من ثلاثة اطهار كوامل، فإذا شرعت في الحيضة الرابعة انقضت، ولا فرق بين أن يتقارب حيضها أو يتباعد فاذا كانت تحيض يوماً وليلة وتطهر خمسة عشر يوماً وطلقت في آخر الطهر انقضت عدتها باثنين وثلاثين يوماً ولحظتين، أو في آخر حيض فسبعة وأربعين يوماً ولحظة، وهو أقل الممكن في الحرة[1].

ومذهب الحنابلة أنها ان ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها، لاننا نعلم كذبها، وعملاً بقول شريح من أن المرأة اذا ادعت أنها حاضت ثلاثة حيض في شهر، وجاءت ببينة من النساء العدول، فقد انقضت عدتها، وإلا فهي كاذبة، وقد وافقه علي بن أبي طالب على ذلك[2].

هذه أقوال العلماء في المسألة، وأطول مدة ذهب اليها الفقهاء هي ما نقل عن أبي حنفية من أنها ستون يوماً. وجميعهم قال: أنها اذا ادعت انقضاء العدة في أقل من المدة التي ذهب اليها، لا تصدق ولا يقبل قولها، لأن كذبها ظاهر.

رأيي في المسألة:

أن تحديد مدة معلومة لانقضاء العدة يقطع النزاع في هذا الأمر، ويرفع الكثير من الحرج عن المرأة، وعن القاضي، حتى لا يضطر في البحث بأمر يعتبر من أخص خصوصيات المرأة، إلا أن هذا لا يمنع من القول أننا نطبق أحكام الشرع، ونحكم بأوامره، لا بما نراه من غير دليل معتبر. والشارع لم يحدد مدة لاقل ما تنقضي به عدة المرأة، وانما ترك ذلك لاختلاف أحوال النساء بين امرأة وامرأة، وبين بلد وآخر، وذكر أن عدة المطلقة ذات الاقراء انما تكون بثلاثة قروء، وإذا علم أن عادة معظم النساء أن يطرقهن الحيض في كل شهر، فتكون

(١) عمدة السالك وعدة الناسك: ٦١، الفقه الميسر: ٨٦.

(٢) المغني: ٧/٥٢٦.

مدة الثلاثة أشهر هي أقصى مدة العدة لذوات الاقراء، وليست أقلها، وهذا لا يعني أن بعض النساء لا تقل عدتهن عن هذه المدة. وصحيح أن أمر عدتها لا يعلم إلا من قبلها، فكان الأولى أن يترك ذلك لقول المرأة، فهي مؤتمنة على دينها، وان وجدت ريبة أو تهمة فقد احتاط الفقهاء في هذه الحالة وقالوا: أن القول قولها بيمينها.

والشأن في المسلم أنه إذا حلف اليمين أمام القضاء، وهو يعلم ما يترتب على الكذب فيها من عظيم الوزر عند الله تعالى، أن يكون صادقاً وقد جعل الشارع اليمين الشرعية من أسباب ثبوت الدعوى، أو من وسائلها المعتبرة، لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من انكر[1]» فلماذا لا يكون اليمين في مثل هذه الحالة كافياً للحكم بصحة قولها وتصديقها، وليس قولها المجرد، لوجود التهمة أو فساد الزمان.

وهذا لا يعني أن الحكم بعدم سماع قول المرأة في انقضاء عدتها إذا ادعتها لمدة قليلة وغير معقولة غالباً أنه غير مقبول فقهاً، بل قد نص الفقهاء على عدم سماع دعواها ان ادعت انقضاء عدتها قبل مرور شهر مثلاً، لظهور كذبها في أن الحيض طرقها ثلاث مرات في شهر واحد، فهذا غير معهود[2]، ولكني أقول: ان تحديد أقل المدة بما حدده بها الفقهاء أولى من الحاقها باليائسة مع ورود النص، فلو أن القانون أخذ بمذهب أبي حنيفة مثلاً من أن أقل المدة ستون يوماً، لكان في ذلك معتمداً على نصوص فقهية معتبرة، وهذا أولى من أن يقول الانسان برأيه في مسألة يتعلق بها حرمة الفروج، وحلها للأزواج، وحرمة أموال الناس بوجوب النفقات، وغيرها من الحقوق.

اضف الى ذلك أن المطلقة رجعياً وهي من ذوات الحيض يملك زوجها ارجاعها ما دامت في العدة، فاذا جاء الزوج المطلق ليرجع زوجته في اليوم التاسع والثمانين مثلاً، فان القاضي بموجب هذا النص يقبل منه الرجعة ويعتمدها، لأن الزوجة لا زالت في العدة بحكم القانون[3]، حيث لم تمض مدة

---

(١) شرح صحيح مسلم: ١٢/١.

(٢) المغني: ٥٢٦/٧.

(٣) المعنى هنا هو قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الثلاثة أشهر، التي جعلها القانون الحد الأدنى لقبول قول المرأة في انقضاء عدتها. وقد تكون المرأة قد بانت منه حقيقة لاحتمال طروق الحيض لها ثلاث مرات في مدة التسعة والثمانين يوماً، وهذا متصور جداً، خاصة اذا طلقها الزوج في آخر يوم من طهرها.

وهنا تقول الزوجة انها أصبحت بائنة لانقضاء عدتها، وتقسم على ذلك، بينما يتمسك الزوج بحقة في صحة الرجعة، وقد تكون فعلاً قد بانت منه ديانة عند الله تعالى بمضي ثلاثة قروء على الطلاق، فماذا تصنع الزوجة وهي تعلم يقيناً أنها لا تحل له، وأن رجعتها غير صحيحة، لوقوعها بعد انقضاء العدة؟!

وثمة أمر آخر في غاية من الأهمية، ذكره القانون وهو أنه نص على عدم قبول قول المرأة في هذه الحالة، ولم ينص على عدم سماع الدعوى، وهناك فرق كبير بين عدم سماع الدعوى لغاية تنظيم القضاء، وبين عدم قبول قولها مطلقا. لأن عدم سماع الدعوى لا يمنع الحق ولا ينفيه، وكل ما في الأمر أن القضاة ممنوعون سياسة من سماع الدعوى بخصوصه، وقد يكون حقاً فلو أن الزوجة أثبتته أو طالبت به عن غير طريق القضاء، لكان لها ذلك ديانة، أما أن ينص القانون على عدم قبول قولها، فانني أرى أن هذا مخالف لنصوص الفقهاء الذين اعتبروا أن القول في انقضاء العدة هو قولها مع اليمين، فالنص على خلافه، يناقض الأحكام الفقهية، ويتعارض معها، وليس من السياسة الشرعية ما يناقض ذلك، خاصة وقد روى أحمد بن حنبل الحديث «ان المرأة ائتمنت على فرجها»[1].

ولو أن القانون نص على عدم سماع الدعوى في مثل هذه الحالة، لكان أولى وأقرب الى الصواب. لذلك أرى أن تحديد أقل مدة انقضاء العدة بستين يوماً، وفقاً لما نقل عن الامام أبي حنيفة، بحيث لا تسمع الدعوى من المرأة قبل مضي هذه المدة، ويبقى قولها مقبولاً خارج القضاء، هو الأولى بالاعتبار مما ذهب اليه القانون، ولا يترتب عليه مثل هذا المحظور، كما أنه يستند الى نص فقهي معتبر، في مذهب من المذاهب الاسلامية.

---

(١) المغني: ٧/٥٢٦، الجامع لاحكام القرآن: ٣/١١٨.

السياسة الشرعية في المسألة:

لم يرد نص من الشارع الحكيم يحدد أقل مدة تصدق فيها المرأة بانقضاء عدتها بثلاثة قروء، كما لم يرد نص يحدد أقل مدة الحيض أو أكثره، أو أقل مدة الطهر أو أكثرها، وانما عرف ذلك بالاستقراء والعادة والمشاهدة، كما أن الشارع ترك هذا الأمر الى المرأة المسلمة التي يفترض فيها الصدق، فاذا قالت: انقضت عدتي وهي مؤتمنة غير متهمة صدقت في ذلك، وقد أضاف الفقهاء اليها اليمين في هذه الحالة، زيادة في الاستيثاق، والاحتياط لأمر الفروج، والاحتياط في الأمور الشرعية مطلوب، وهو من السياسة الشرعية التي تحرس مقاصد الشريعة، وتحفظ حق الله تعالى في أمر من أمور الشرع عند فساد الزمان واتهام الذمم، وهذا يحقق مصلحة مشروعة للمجتمع المسلم بحفظ حق الله تعالى فيه، وحفظ حقوق الأزواج في عدم ابطال الزواج، وصحة الرجعة، والنفقة، ونحو ذلك.

كما أن تحديد مدة معينة تصدق فيها المرأة بخصوص أقل ما يمكن أن تنقضي فيها العدة من مدة زمنية، دل عليها الاستقراء لأحوال الناس والمشاهدة في الواقع المحسوس، بحيث يمنع سماع الدعوى منها إذا ادعت انقضاء عدتها قبل مرور هذه المدة، هو أمر مقبول فقهاً وشرعاً لحاجة القضاء الى التنظيم، وعدم اشغال القضاء بما يكذبه الواقع، كما أن فيه حفظاً للحقوق، فالزوج إذا رغب في ارجاع زوجته لا يمنعه ادعاء مزعوم من مطلقته بانقضاء عدتها، لتفوت عليه هذا الحق الشرعي، وبذلك يبطل نكاحه ويخسر أمواله التي أنفقها فيه، اضافة الى هدم الاسرة بالبينونة الصغرى، وما يترتب على ذلك من فساد في المجتمع، لذلك فالحكم بعدم سماع الدعوى بانقضاء العدة قبل مضي مدة معينة، يستند الى المصلحة، وهي من أصول السياسة الشرعية.

أما القول بعدم قبول قول المطلقة بانقضاء عدتها، فانني أرى أنه يناقض النصوص الفقهية التي جاءت باعتماد قول المرأة بانقضاء عدتها، ولا يستند الى مصلحة، لذلك فهو ليس من السياسة الشرعية، وانما هو من السياسة غير المقبولة، لوجود هذه المناقضة، لانه يشترط في أحكام السياسة الشرعية العادلة أن لا تناقض النصوص المعتبرة، كما أن عدم قبول قول المرأة في أمر لا يعرف إلا

من قبلها ـ رغم عدم وجود التهمة، بان كانت المدة التي تدعي انقضاء عدتها فيها لا يكذبها الواقع، بل هي محتملة، ويشهد لها الاستقراء والعادة ـ فيه تضييع لحق الشارع وحقوق الأزواج، وما كان كذلك لا يصح القول به ولا اعتباره.

الفصل الرابع
في التفريق

المبحث الأول
تحديد أجل للعنين وتطليق زوجته بعد الأجل

المطلب الأول: معنى العُنَّة وصورة المسألة

العُنَّة: لغة بضم العين، هي عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع، من عُنَّ الرجل عُنَّة فهو معنون وعِنّين، ويقال: امرأة عنينة فلا تشتهي الرجال[1] .

والعنين عند الفقهاء: من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ولو كان يصل إلى امرأة دون أخرى فهو عنين بالنسبة لمن لا يصل إليها ؛لفوات المقصود بحقها[2] .

فإذا كان الرجل عاجزاً عن الجماع، وتزوج امرأة واختلى بها الخلوة الشرعية الصحيحة، ولم يستطع الوصول إليها رغم أنها مكَّنته من نفسها، فإنه والحالة هذه يكون عنّيناً، وهو عيب بالزوج تتضرر به المرأة ؛لفوات حقها في المعاشرة الزوجية واحصان نفسها بالاستمتاع الكامل، وهي لا تملك الطلاق لرفع الضرر عنها، فهل يبقى الزوج متمسكاً بحقه الذي ملكه بعقد الزواج، أم أن هذا العيب في الرجل موجب لحل عقدة النكاح، إذا طلبت ذلك الزوجة، رفعاً للضرر عنها؟

---

(١) المعجم الوسيط: ٢/ ٦٣٢.

(٢) المغني: ٧/١٨٦، المجموع شرح المهذب: ١٦/٢٦٥، الشرح الصغير: ٢/ ٤٧٥.

وهل إذا طلبت ذلك تجاب إلى طلبها فوراً ويفرّق بينها وبين زوجها لهذا العيب، وفي ذلك ما فيه من الحاق الضرر بالزوج، وفوات نعمة النكاح عليه واتلاف ماله الذي انفقه في هذه الغاية؟ أم أنها لا تجاب إلى طلبها أبداً، وهي امرأة ابتليت فلتصبر ولو استمرت على هذه الحال طول حياتها، ما لم يتبرع الزوج بطلاقها، لأنه يملك حل عقدة النكاح برضاه إذا شاء؟

أم يتوسط فيقال: يُضرب للزوج أجل، فإذا وصل إليها خلال الأجل فهي زوجته، وإلاّ فرّق الحاكم بينهما، رفعاً للضرر عنها؟

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في تأجيل العنين مدة معينة وتطليق زوجته عليه بعد الأجل، إذا لم يتمكن من جماعها على قولين:

الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء[1] من الحنفية والمالكية والحنابلة أن العنين يؤجل سنة ثم يُفَرّق الحاكم بينه وبين زوجته بعد الأجل إذا عجز عن الوصول إليها.

والثاني: وهو مذهب داود الظاهري وابن حزم[2]، والحكم بن عيينة أنه لا يؤجل، وهي امرأته. وهذه هي أقوالهم مفصلة وتعليلاتهم في ذلك:

١ ـ مذهب الحنفية: إن العنين يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا أخذت منه الصداق كاملاً، وفُرّق بينهما وعليها العدة. وقد ذهبوا في تعليل قولهم هذا، إلى أن الوطء مرة واحدة مستحق على الزوج للمرأة بالعقد، وفي الزام العقد عند تقرر العجز عن الوصول تفويت المستحق بالعقد عليها، وهذا ضرر بها وظلم في حقها، وقد قال تعالى ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ [الكهف: ٤٩]، وقال النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» فيؤدي إلى التناقض، وذلك محال، لأن الله تعالى أوجب على الزوج الامساك بالمعروف أوالتسريح بالاحسان ومعلوم ان

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢/ ٣٢٧، المدونة الكبرى: ٢/ ٢١٤، المجموع شرح المهذب: ١٦/ ٢٦٥.

(٢) المحلّى: ١٠/ ٥٨، المجموع شرح المهذب: ١٦/ ٢٧١.

استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج، ليس من الامساك بالمعروف في شيء.

وقالوا إذا انتهت المدة أمر القاضي الزوج بطلاقها، فإن أبى فرّق القاضي بينهما بطلقة بائنة، لأن المقصود بالرجعي لا يحصل. فالمقصود إزالة ظلم التعليق، وفي الرجعي يستبد الزوج بالمراجعة، مع أن حكم الرجعة مختص بِعِدَّةٍ واجبة بعد حقيقة الدخول، وذلك غير موجود هنا.

أما كون المدّة سنة، فقد قالوا: لأن السنة تشتمل على الفصول الأربعة، فإذا كان امتناع وصوله اليها لعلة معترضة أو آفة أصلية في أصل الخلقة، فانها تعرف بتمام السنة، فان مضت السنة ولم يصل اليها، عرف أن ذلك بآفة أصلية لا معترضة[1].

٢ ـ مذهب المالكية: فقد جاء عن مالك: ان امرأة العنين لها أن تقول اضربوا له أجل سنة، لأن الرجل ربما تزوج فاعترض له دونها، ثم يفرّق بينها، ثم يتزوج أخرى فيصيبها وتلد منه، فتقول هذه تركته وأنا أرجو، لأن الرجال بحال ما وصفت لك، فذلك لها، إلا أن يكون أخبرها أنه لا يجامع. ويكون فراقه تطليقه[2].

ويلاحظ أن المالكية أعطوا المرأة حق طلب التفريق للعنة في الرجل، بشرط عدم علمها بذلك قبل العقد، واعتبروا ذلك من باب العيوب التي يرد بها البيع، وأنهم قالوا بتأجيل العنين سنة، فاذا انقضى الأجل أمر الحاكم الزوج بطلاقها، فإن أبى وطلبت الزوجة الطلاق، طلقها الحاكم، أو قال لها طلقي نفسك منه ولها الصداق[3].

٣ ـ مذهب الشافعية: ان الرجل يرد بعيب العُنّة لأن النكاح يراد للدوام ومقصوده الأعظم الاستمتاع، والعُنّة عيب يمنع الجماع فيثبت الخيار بسبب ذلك، لأننا لو لم نثبت الخيار بالفسخ بذلك لأدى الى دوام الضرر، ولا ضرر في الاسلام، ولأن النكاح عقد معاوضة قابل للرفع فجاز رفعه بسبب العيوب المؤثرة

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢١، المبسوط: ٥/١٠٠، شرح فتح القدير: ٤/١٢٨.

(٢) هذه عبارة المدونة الكبرى لمالك، المدونة الكبرى: ٢١٤.

(٣) الشرح الصغير: ٢/٤٦٧.

في المقصود كالبيع، واشترطوا رفع الأمر الى الحاكم، لأنه مجتهد فيه، ويكون الخيار على الفور، وقالوا: إذا ثبتت العُنّة يضرب القاضي له سنة، ثم يفسّخ النكاح كما يُفسخ البيع بالعيب.

وعللوا ضرب مدة السنة: بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فتزول في الشتاء، أو برودة فتزول في الصيف، أو يبوسة فتزول في الربيع، أو رطوبة فتزول في الخريف، فاذا مضت السنة ولا اصابة، علمنا أنه عجز خلقي (ومعنى الفورية في الخيار: أن المطالبة والرفع الى الحاكم بطلب فسخ العقد للعنة يكونان على الفور، أي أن المتضرر مأمور بالمبادرة الى طلب الفسخ ؛لأنه خيار عيب عندهم فيكون على الفور كما في البيع[1]) .

ويلاحظ أنهم جعلوا التفريق بالعُنّة فسخاً لا طلاقاً، وأنهم عللوا جواز هذا الحق للمرأة برفع الضرر عنها، بعدم الاستمتاع الناتج عن العجز بالعنة، كما أنهم اتفقوا مع الجمهور في مدة الأجل، وهي سنة.

٤ ـ مذهب الحنابلة: فقد جعلوا العُنّة من جملة العيوب المجوّزة للفسخ، لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، ولكنهم اشترطوا لثبوت الخيار بالعيب ان لا تعلم المرأة به قبل العقد. وقالوا: أنه يجب لها خيار الفسخ على التراخي وليس على الفور كما قال الشافعية؛ لأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي. كما اشترطوا الرفع الى الحاكم، لأنه مجتهد فيه فيحتاج الى حكم حاكم بثبوته.

وهم يلتقون مع الشافعية في تأجيل السنة، وأنه فسخ لا طلاق[2] .

أما أصحاب الاتجاه الثاني:

فقد ذهبوا الى عدم جواز التفريق للعُنّة، ومنعوا التأجيل سنة، وفي ذلك يقول ابن حزم:

"ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها، سواء كان وطئها مرة أو مراراً، أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلاً، ولا أن يؤجل له أجلاً، وهي امرأته ان شاء طلق وان شاء أمسك"[3].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/٢٠٤).

(٢) المغني: ٧/١٥٨.

وقد احتج بحديث عائشة رضي الله عنها، أن رفاعة القرظي طلق امرأته فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله: أنها كانت تحت رفاته، فطلقها آخر ثلاث تطليقات، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وأنه والله ما معه الأمثل هذه الهدبة، وأخذت بهدبة من جلبابها، فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكاً وقال: لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعه، لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"[1].

ووجه الاستدلال بالحديث كما ذكره ابن حزم، أن زوجها لم يطأها، وأن احليله كالهدبة لا ينتشر إليها، وتشكو ذلك الى رسول الله ﷺ وتريد مفارقته، فلم يشكها، ولا أجّل لها شيئاً، ولا فرّق بينهما، وفي هذا كفاية لمن عقل.

وقد أجاب أصحاب الاتجاه الأول عن الاستدلال بهذا الحديث بما يلي:

١ ـ ان تلك المقالة منها لم تكن دعوى العنة، بل كانت كناية عن معنى آخر، هو دقة القضيب[2].

٢ ـ ان الرواية الصحيحة التي وردت عن علي رضي الله عنه، أن تلك المرأة قالت: لم يكن ذلك منه إلا مرة. وفي هذه الحالة إذا استطاع الزوج أن يصل اليها ولو مرة، لا يفرق بينهما عند الحنفية[3].

٣ ـ أنها كانت تريد الرجوع الى زوجها الأول رفاعة[4]، فبيّن لها الرسول ﷺ أن ذلك غير ممكن قبل أن يدخل بها الثاني، بدليل ما ورد في نص الحديث « تريدين أن ترجعي الى رفاعه..».

---

(٣) المحلّى: ٥٨/١٠.

(١) فتح الباري: ٥٤/٧، شرح صحيح مسلم: ٤٦٣/١.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٣٢٢/٢.

(٣) المبسوط: ١٠٠/٥.

(٤) المغني: ٢٠٠/٧ .

المطلب الثالث: الترجيح

والذي أراه أن حديث امرأة رفاعة ليس نصاً في العنين، حتى يصح الاحتجاج فيه على الجمهور، ولم تسأل المرأة رسول ﷺ عن حكم العنين، وانما هو نص وارد في المطلقة المبتوتة، اذا رغبت في الرجوع الى زوجها، فلابد أن تنكح زوجاً غيره، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، وليس مجرد الخلوة الشرعية، ونحو ذلك. ويدل عليه قوله ﷺ للسائلة «لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[1] وهذا واضح من سياق الحديث، ومن قصة امرأة رفاعة كما حصلت، ولذلك أقول: انه لم يرد نص بخصوص امرأة العنين عن رسول الله ﷺ ولا من القرآن الكريم، فيكون حكم المسألة غير منصوص عليه ويسوغ الاجتهاد فيه بما يوافق مقاصد الشريعة وقواعدها الكلية ومصالح العباد.

وان ما ذهب اليه الجمهور من جواز التفريق بين العنين وامرأته بعد سنة، يوافق هذه المقاصد، ويحقق المصلحة في المجتمع، وبيان ذلك:

ان عقد الزوج مشروع على التأبيد ومقصد الشارع منه: اعفاف النفس باستمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر، استمتاعاً كاملاً مشروعاً. والطلاق بيد الرجل، فاذا تزوجت امرأة من زوج ثم تبين لها بعد الزفاف أنه لا يستطيع اعفافها، وأنه عاجز عن الجماع، وهذا أمر لا يمكنها الاطلاع عليه قبل ذلك، ولم تعلم به ولم ترض بوجوده فيه وطلبت منه طلاقها فأبى فكيف ترفع الضرر عن نفسها في هذه الحالة، وهي لا تملك الطلاق، والذي يملك الطلاق ممتنع عن بذله لها أو مخالعتها؟

ان النصوص الشرعية العامة والقواعد الكلية، تؤكد أنه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام، وأن المسلم مأمور بالامساك بالمعروف أو التسريح باحسان، وليس من الامساك بالمعروف تركها بدون جماع الى ما لا نهاية، والحاق الضرر بالزامها العيش الى الأبد مع زوج لا يصل اليها، كما هو الشأن في الرجال، لذلك فان قواعد الشرع لا تمنع من رفع الضرر عنها، بل توجبه. والضرر لا يزال بضرر مثله فكان من عدالة التشريع أن يعطى مدة يحاول فيها ازالة الضرر عن الزوجة بنفسه، بأن يلجأ للعلاج ويجرب مع اختلاف الفصول مدة سنة

(١) العسيلة هي الجماع، نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/ ٢٣٨ .

كاملة، فاذا عجز لم يكن بد من طلاقها، فان أبى فرق بينهما الحاكم، رفعاً للضرر عنها وتحقيقاً لمقاصد الشرع في الزواج. وهذا الحكم الفقهي الذي رآه الجمهور لا يعارض نصاً شرعياً، بل تقره الشريعة. وليس أدل على ذلك من حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك، حينما رفع الأمر إليه وقد وافقه الصحابة عليه. روى ذلك عنه من عدة طرق، منها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه[1]، عن سعيد بن المسيب قال: قضى عمر بن الخطاب في العنين أن يؤجل سنة. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه، وزاد في لفظ: وقال - أي عمر - ان أتاها وإلا فرقوا بينهما، ولها الصداق كاملاً.

ومن طريق آخر رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار[2]، عن أبي حنيفة عن اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب: أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل اليها، فأجله حولاً فلما انقضى حول، ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر، وجعلها تطليقة بائنة.

فهذا فعل عمر وحكمه في المسألة، ولم يذكر أن أحداً من الصحابة خالفه في ذلك أو أنكر عليه قضاءه وحسبنا في فهم عمر لفقه الشريعة وقواعدها العامة ترجيحاً لحكم هذه المسألة في مذهب الجمهور.

اضف الى ذلك، أنه لم يرد نص خاص في الكتاب أو السنة أو الاجماع، يفرّق بين العنين وزوجته، أو يعطي اجلاً له مدة سنة، أو لا يفرّق بينها ويمنع ذلك. وما ورد في حديث امرأة رفاعة لا يتعلق العنين وانما بقصد المرأة المطلقة بائناً الرجوع الى زوجها الأول، خاصة وأنه ورد في الحديث[3]، أن عبد الرحمن بن الزبير وهو المدعى عليه، انكر ذلك وقال: كذبت والله يا رسول الله، أني لا نفضها نفض الأديم، ولكنها ناشز، تريد رفاعة. فقال رسول الله ﷺ فان كان كذلك، لم تحلي له، أو لم تصلحي له حتى يذوق من عسيلتك.

---

(١) نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/ ٢٥٤ .

(٢) نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/ ٢٥٤.

(٣) صحيح البخاري: ٧/ ١٩٢ .

وهذا الحديث يؤكد ما ذكر من أنه لا علاقة له بالعنين من النواحي التالية:

١ - قوله "نفض الأديم" كناية عن قوته لا عن عجزه، فالاديم هو الجلد، وبذلك يكون قول المرأة مجرد ادعاء يكذبه الواقع، أو ادعاء صغر الآلة، وليس العجز والعُنّة.

٢ - قوله « لكنها ناشز » يدل على أنها لم تمكنه من نفسها؛ لأن الناشز هي العاصية لزوجها والمقصود بها هنا المعصية بعدم التمكين من الجماع، فهي لا تريد أن يصل اليها لترجع الى رفاعة.

٣ - القرائن المصاحبة لهذه الواقعة دلت على أنها تريد الرجوع الى زوجها الأول، الذي أبانها ثلاثاً، ولا تريد اعطاء الزوج الثاني حقه، بدليل ما ورد في احدى طرق هذه الرواية[1]: أن رفاعة كان واقفاً ومعه ولداه منها ينتظر أن يقضي الرسول برجوعها اليهم، وقولها انما معه مثل هذه الهدبة وانكاره لذلك، وادعاء نشوزها، مما دعا الى قوله ﷺ: إن كان ذاك أي أن كان الهدف رجوعك الى الأول، فانه لا يجوز قبل التمكين، فيكون حكمه ﷺ محصوراً في هذه المسألة، لا في حكم العنين.

وإذا ثبت ان هذه المسألة لم يرد في حكمها نص خاص، وقد ثبت ذلك، فتكون داخلة في مجال السياسة الشرعية، يؤيد هذا قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وموافقة الصحابة، ولو كان فيها نص خاص ما جاز لعمر ولا لغيره من الصحابة أن يخالفه، أو أن يجتهد فيه.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

أما وجه السياسة الشرعية في قضاء عمر، وفي حكم هذه المسألة عند الجمهور، فيظهر في ناحيتين:

الأولى: اعطاء العنين مهلة:

وفي هذا تحقيق مصلحة له ودفع ضرر عنه، فيما لو كان التفريق بدون

(١) فتح الباري: ٩/٤٦٦ .

مهلة. وبيان ذلك: ان الزوج ينفق أمواله في سبيل الزواج، وبه يحصن نفسه ويعفها عن الحرام، وفيه مقاصد أخرى، كالايناس والمودة ونحو ذلك، وهو مشروع على التأبيد. فلم يدر بخلد هذا الزوج أنه سيفقد كل ذلك بمرض عارض لا يد له فيه، فليس من المصلحة ولا من تمام النظر له أن يُفرّق بينه وبين زوجته فور ثبوت عُنّته، وانما يُعطى مهلة ويُمكّن من زوجته سنة كاملة، حتى يجرب نفسه في الفصول الأربعة المختلفة، فان كان هذا المرض العارض لأسباب لا علاقة لها بمرض خلقي أصلي يؤدي الى عجز دائم، وزال في خلال السنة، فقد أنصف الزوج واستمر على نكاحه، ولا قائل بالتفريق بينه وبين زوجته.

ومدة السنة، لا ريب أنها مدة كافية للتحقق من ذلك، خاصة وأنها تبدأ من وقت ثبوت العُنّة، وأنه يشترط للحكم بالتفريق بعدها أن تُمكّن المرأة زوجها من نفسها خلال مدة الامهال. ولا ضرر على المرأة في ذلك لأنها تبذل البدل، وليس المقصود هو التفريق، وانما اعطاء كل ذي حق حقه، والتأكد من وجود موجب التفريق، الذي يتعذر رفع الضرر عنها بغيره.

والثانية: التفريق بعد الأجل.

فاذا ثبتت عُنّة الزوج، وجرب نفسه مدة سنة كاملة، ولم يتمكن من الوصول الى زوجته، وأبى أن يطلقها، فانه ممسك لها بغير المعروف، وان الضرر الواقع عليها ببقائها في عصمة زوج هذا حاله، يجب أن يزال، ولا يمكنها أن تنتظر الى ما لا نهاية، فاذا طلبت التفريق فرّق بينهما الحاكم بطلقة بائنة، أو بفسخ العقد. وهذا فيه مصلحة الزوجة برفع الضرر عنها، واطلاق سراحها للتزوج بمن يُعفّها، فليس من المعقول، ولا من المقبول شرعاً، أن تبقى الأنثى المتزوجة من غير جماع، بل لابد من رفع الضرر عنها، ودرء مفسدة الانحراف، وكل من جلب المنفعة ودرء المفسدة، من مستندات السياسة الشرعية وأصولها.

المبحث الثاني
الحكم في زوجة المفقود

المطلب الأول: تعريف المفقود

المفقود في اللغة والفقيد بمعنى واحد، وهو اسم مفعول، من فقد الشيء: إذا ضاع منه[1] والمراد به في اصطلاح الفقهاء، من فُقد فلا يعلم مكانه أو غاب عن أهله وانقطع خبره، فلا يعرفون حياته من موته. وهو بهذا المعنى يشمل من خرج من بيته ولم يعد اليه وانقطعت أخباره، أي في غيبة ظاهرها السلامة، كما يشمل من فقد بين الصفوف في المعركة، أو من كسرت به سفينة وغرق بعض أصحابه، ولا يعرف أهله هل غرق معهم أم لا، والغيبة التي ظاهرها عدم السلامة، كمن فقد اثر غارة للعدو أو زلزال ونحو ذلك [2].

ويخرج به الاسير إذا كان معلوم مكان الأسر ومعلوم الحياة، فإن خبره لم ينقطع، كما يخرج به المحبوس الذي لم يعرف مكان حبسه وان عرفت الجهة التي حبسته وعرف أنه محبوس عندها، كما يخرج به الغائب في مكان مجهول مع تيقن حياته. فكل هؤلاء لهم أحكام خاصة عند الفقهاء ولا يدخلون في أحكام المفقود. وانما مدار البحث فيمن انقطع خبره وغلب على الظن هلاكه، قال ابن عابدين نقلاً عن البحر « فالمدار انما هو على الجهل بحياته وموته، لا على الجهل بمكانه، لذلك عرفوه بأنه غائب لم يدر أحي هو فيتوقع، أم ميت أودع اللحد البلقع»[3] .

هذا المفقود الذي لا تعرف زوجته متى يعود اليها، أو ربما لا يعود أبداً، هل تبقى تنتظر عودته وهي على عصمته؟ وإلى متى تنتظر بدون زوج؟

---

(١) المعجم الوسيط: ٦٩٦/٢.

(٢) المغني: ٨/ ١٣٠، روضة الطالبين: ٨/ ٤٠٠، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ١٤٦، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ١٩٦/٦، شرح فتح القدير: ٣٦٨/٥، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٤٨/٤.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٣٢٨/٣.

ان قيل: هي امرأة ابتليت فلتصبر رغم ما وقع عليها من ضرر كبير بحبسها على ذمة رجل غائب لا تعلم حياته من موته، فان هذا القول يوقعها في الحرج، والحرج مرفوع شرعاً، وهو تكليف بما لا يطاق، والشارع ابطله، إن قيل: يفرق الحاكم بينها وبين زوجها، فقد يحضر الزوج ويكون متضرراً بابطال نكاحه واضاعة ماله وحرمانه من زوجته! فما الحل الذي وضعته السياسة الشرعية لزوجة المفقود، بما يحقق المصلحة ومقاصد الشريعة!!

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في المسألة

اختلف الفقهاء في الحكم بزوجة المفقود على النحو التالي:

مذهب الحنفية: أنه لا يفرق بين المفقود وزوجته، وأنها امرأته حتى يأتيها البيان، وعليها أن تنتظر. فليس لها أن تتزوج من غيره حتى يستبين موته.

وقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة بالمدة التي يستبين فيها موته، ويحكم بعدها لزوجته بالميراث، واباحتها للأزواج. ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا تم للمفقود مائة وعشرون سنة من يوم ولد، حكمنا بموته، وفي ظاهر الرواية في المذهب: أنها تقدر بموت الاقران، وفي المروي عن أبي يوسف: أنها تقدر بمائة سنة، وقدرها بعضهم بتسعين سنة، وقال هذا هو الأرفق[1].

وقال بعضهم: (يفوض الى رأي القاضي، فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته، واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة، كأنه مات فيه معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي)[2].

أن الأليق بطريقة الفقه أن لا يقدّر بشيء، لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولا نص فيه، ولكن إذا لم يبق أحد من اقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره.

---

(١) المبسوط: ١١/٣٤، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٣١٠، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٦/١٩٦.

(٢) شرح فتح القدير: ٥/٣٧٤.

وقد استدلوا على عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته بقوله ﷺ في امرأة المفقود « أنها امرأته حتى يأتيها البيان»[1] .

أما مذهب المالكية: فقد قسموا المفقود الى خمسة أقسام:

١ ـ مفقود في بلاد الاسلام في غير زمن الوباء، فاذا رفعت زوجته أمرها للقاضي أو لجماعة المسلمين[2] عند عدم وجود القاضي، وكتب القاضي كتاباً بصنعة المفقود وحرفته واسمه، الى البلد الذي يُظن أنه خرج اليه، ولم يحصل على جواب أو خبر عنه، أمهلها أربعة أعوام ثم طلقها عليه، واعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام.

٢ ـ مفقود في بلاد الاسلام زمن الوباء، كمن رحل الى بلد فيه طاعون، أو فقد زمن الوباء، فان زوجته تعتد بعد ذهاب الطاعون حملاً لحاله على الموت. أي أنه يحكم بموته بعد ذهاب الوباء، دون امهال أو مدة.

٣ ـ مفقود في مقاتلة بين أهل الاسلام، فان شهد الشهود أنه حضر صف القتال، تعتد زوجته، ويحكم بموته من يوم التقاء الصفين، وقيل: بعد انفصال الصفين، والرواية الأولى أرجح في المذهب.

٤ ـ مفقود في أرض الشرك: وزوجته في الحكم كزوجة الأسير، فانها تمكث لمدة التعمير ان دامت نفقتها، والا فلها التطليق لعدم النفقة، ومدة التعمير عندهم سبعون سنة من ولادته، وهذا هو القول المشهور في المذهب. وقيل: أنها ثمانون، وقيل: خمس وسبعون، أما من فقد وهو ابن سبعين أو ثمانين فقال ابن عرفة: يزاد له عشرة أعوام وقيل يجتهد فيما يزاد له.

٥ ـ مفقود في مقاتلة بين المسلمين والكفار، فهذا يبحث عنه السلطان، فاذا غلب على الظن موته يحكم بذلك، وتعتد زوجته بعد سنة من النظر والتفتيش عليه، وهي الرواية الصحيحة في المذهب، وقيل: بعد سنة من الرفع الى

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/٣١١ وهو حديث ضعيف، نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/٤٧٣.

(٢) المقصود بجماعة المسلمين هنا: العدول منهم، وقيل جيرانها الصالحون ويكفي الواحد منهم أن كان عدلا عارفاً شأنه ان يرجع اليه في مهمات الأمور بين الناس. وهذا انما يكون عند عدم وجود الحاكم الشرعي. الشرح الصغير: ٢/٦٩٤.

الحاكم[1].

وقد استدلوا لمدة السنين الأربع بفعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه[2]، وقالوا: أنه على سبيل التعبد، واشترطوا لجواز الحكم بالتفريق بين المفقود وزوجته، أن يكون له مال تنفق منه، فإذا لم يكن له مال فرق الحاكم بينهما لسبب آخر هو عدم الانفاق، واشترطوا كذلك أن لا يكون بينهما شرط، كأن تكون اشترطت عليه أن لا يغيب عنها، فاذا غاب فرّق الحاكم بينهما للشرط، فهو أولى[3] . إما إذا لم يكن شرط بينهما وله مال وطلبت زوجته التفريق أو الحكم بوفاته، فان على القاضي أن يبحث عن المفقود بشتى الوسائل في جميع الاقسام الخمسة المذكورة، وعليه أن يكلف الزوجة اثبات الزوجية، ويشهد الشهود بغلبة الظن على وفاته، أو وجود الطاعون، أو وجوده بين الصفين في القتال ونحو ذلك، مما تدعيه المرأة فاذا ثبت كل ذلك ومضى الأجل المضروب، سواء كان سنة في حالات وأربع سنين في حالات أخرى، فان للحاكم بعد ذلك أن يحكم بوفاته، ويقسم أمواله بين ورثته، وتعتد زوجته عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج حسب ما هو مذكور في حكم كل قسم من أقسام المفقود الخمسة في المذهب[4] .

وفي مذهب الشافعية: وردت روايتان عن الامام الشافعي، إحداهما: توافق مذهب الحنفية، والأخرى: توافق ما قاله المالكية. فقد جاء عنه: أن من غاب عن زوجته أو لم يغب عنها بل فقد في ليل أو نهار أو انكسرت به سفينة وانقطع خبره ولم يعرف حاله، فليس لزوجته نكاح غيره حتى يتيقن موته. واستدلوا لهذه الرواية بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال: «امرأة المفقود ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها موته»[5] . ولأن الاصل بقاء الحياة. وهذا مذهب الشافعي الجديد.

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/١٤٨ ـ ١٥٣.

(٢) المحلّى: ١٠/١٣٤ .

(٣) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤/١٤٩.

(٤) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٤/١٤٩.

(٥) المحلّى: ١٠/١٣٨.

أمـا الرواية الأخـرى فـعلى المذهب القـديم عنده أنهـا تتـربص أربع سنين من وقت انقطاع خبره، ثم تعتد عدة الوفاة وتنكح غيره.

واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى بذلك، كما روي مـثله عن عثـمـان وابن عبـاس، كـما اسـتدلوا بالـقيـاس على الجب والعُنّة بجامع فوات الاستمتاع في كل من الفقد والعُنّة[1] .

أما في مذهب الحنابلة: فقـد فرقوا بين غـيبة وغيـبة، وقالوا ان غـياب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين:

الأول: أن تكون غيـبتـه غير منـقطعة يعرف خـبره ويصل كـتابه، فـهذا ليس لامرأته أن تتـزوج باجماع أهل العلم. وهـذا ليس داخلاً في معنى المفـقود، ولا هو في محل النزاع.

والثاني: أن يفـقـد وينقطع خـبـره، ولا يعلم له مـوضع وهذا ينقـسم عندهم قسمين: ـ

أحدهما: أن يكون ظاهر غـيبـته السـلامة، كسـفر التـجارة في غـير مـهلكة، وطلب العلـم. وحكم هذا أن لا تزول الزوجـيـة بينه وبين امـرأته حـتى يثـبت موته. وروي عن أحمد أنه يحكم بموته إذا قدر أن عمره بلغ التسعين سنة، لأنه لا يعيش أكثر من ذلك غالباً، إلا أن المذهب هو الأول.

والثاني: أن تكون غـيـبـتـه ظاهرها الهـلاك، كـالذي يخـرج الى الفـلاة فـلا يرجع، أو يفـقـد بين الصـفين، أو يـتكسـر به مـركب، أو يفـقـد في صـحـراء، فالظـاهر من مـذهب أحمد أن زوجتـه تتربص أربع سنين، ثـم تعتد للوفـاة أربعة أشهر وعشراً، وتحل بعد ذلك للأزواج.

وروي عن سعـيد بن المسيب في امرأة المفـقود بين الصفين، أنهـا تتربص سنة لغلبة هلاكه. واستدل الحنابلة بقضـاء عمر رضي الله عنه في زوجة المفقود، ولم يعرف في الصحابة له مخالف فهو اجماع[2] .

وذهب ابن حزم الى أن (مـن فقد فـعرف موضـعه أو لم يعـرف، في حرب

---

(١) روضة الطالبين: ٨/ ٤٠٠.

(٢) المغني: ٨/ ١٣١.

فقد، أو في غير حرب، وله زوجة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته، أو تموت هي، ولا يفرّق ماله، ولكن ينفق على أهله منه. فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبة، ولا ايجاب عدة ممن لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره، لأنه لا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ[1].

وواضح أنه لم يأخذ بما روي عن عمر، رغم أنه صححه، لأنه يرى أنه لا حجة إلا في كتاب أو سنة، كما أن السلف اختلفوا في حكم هذه المسالة، وليس أحدهم أولى بالاتباع من الآخر.

وعند الشيعة الزيدية: ان امرأة المفقود، إذا كان امساكها والزامها على استمرار نكاح الغائب، فيه اضرار بها، كان ذلك وجهاً للفسخ، وهكذا: إذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح، فالفسخ لذلك جائز، واذا جاز الفسخ للعُنّة فجوازه للغيبة الطويلة أولى، لأنه قد علم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الامساك ضراراً، والنهي للأزواج عن الضرار، فوجب دفع الضرار عن الزوجة بكل ممكن، وإذا لم يمكن إلا بالفسخ، جاز ذلك، بل وجب.

أما الأجل الذي يضرب لها لانتظاره، فهو مجال اختلاف العلماء، ولم يرد فيه نص عن الشارع. والأمر في ذلك يرجع للحاكم، فله أن يقدر الوقت، وهو يختلف باختلاف الأزمان[2].

وواضح أن مستندهم في جواز التفريق بين المفقود وزوجته، هو رفع الضرر عنها، ولم يستندوا الى نص شرعي في ذلك، بل صرحوا أنه لا يوجد نص بخصوص المدة.

---

(١) المحلّى: ١٠/١٣٣ ـ ١٤٢.

(٢) الروضة الندية شرح الدرر البهية للشوكاني: ٢/٥٦، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٢/٢٥٧.

المطلب الثالث: الترجيح

يتضح من أقوال الفقهاء: أن الحنفية ومذهب الشافعي الجديد وابن حزم، لا يرون جواز التفريق بين المفقود وزوجته، بينما يرى جمهور العلماء من المالكية والحنابلة والشافعي في القديم والشيعة الزيدية: أنه يحق لزوجة المفقود أن تطلب التفريق بينها وبينه، على خلاف بينهم في المدة المضروبة لها قبل التفريق.

وإنني أرى أن مذهب الجمهور هو الأرجح والأقوى دليلاً لما يلي:

١ - ان الحديث الذي استدل به المانعون من قوله ﷺ في امرأة المفقود:

«هي امرأته حتى يأتيها البيان»[1]، هو حديث ضعيف، وقيل منكر، لأن في رواته محمد بن شرحبيل، وهو متروك الحديث ويروي الأباطيل.

٢ - ان ما قضى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة المفقود، وأنها تتربص أربع سنين، ثبت عنه بروايات صحيحة من عدة طرق[2]، وقد وافقه على ذلك عدد من الصحابة منهم عثمان بن عفان رضي الله عنه، وابن عباس، وغيرهم. وهذا كاف للترجيح اذا تساوت الأدلة، ولم يوجد مرجح.

٣ - من الثابت أنه لم يرد بخصوص هذه المسألة نص شرعي من كتاب أو سنة ولا اجماع فيها أيضا، بدليل ما ورد عن مخالفة علي بن أبي طالب وغيره لقضاء عمر، فيرجع في حكمها الى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة، ولا شك أن ابقاء الزوجة على عصمة زوج مفقود يغلب على الظن موته، والزامها بالاستمرار على الزوجية حتى يموت اقرانه، أو تمضي مائة وعشرون سنة على مولده، فيه من العنت والحرج على الزوجة الشيء الكثير، والحرج لا يشرع، كما أنه ضرر ملحوظ على المرأة التي فقد زوجها، والضرر يزال، ولابد من رفعه، فاذا لم يكن بدٌّ من التفريق لرفع الضرر، فيكون ذلك مشروعاً وموافقاً لمقاصد الشرع، لأنه الطريق الوحيد المتعيّن لازالة الضرر الواجب رفعه.

٤ - ويؤكد صحة قضاء عمر ما رواه البخاري عن سعيد بن المسيب في باب

---

(١) نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/ ٤٧٣.

(٢) المحلّى: ١٠/ ١٣٤.

حكم المفقود في أهله وماله أنه قال: "إذا فقد في الصف عند القتال تربّص امرأته سنة، وقال الزهري في الأسير يعلم مكانه: لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله فاذا انقطع خبره فسنته سنّة المفقود"، وذكر الشارح ان مذهب الزهري في امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين، وقال انه رأي خمسة من الصحابة هم عمر وابن عباس وعثمان وابن مسعود وعبد الله بن عمر، وهو مروي عن جمع من التابعين كالنخعي وعطاء والزهري ومكحول والشعبي[1].

وبهذا يترجح مذهب الجمهور القائلين بالتفريق بين المفقود وزوجته بعد الأجل.

المطلب الرابع السياسة الشرعية في المسألة

من الواضح انه لم يرد نص بخصوص هذه المسألة من كتاب أو سنة أو من اجماع ولا نظير لها تقاس عليه. وأن ما ذكره المانعون من نص في السنة النبوية غير صحيح، ولا يعتد به، وبذلك تكون هذه المسألة داخلة في مجال السياسة الشرعية، وقد رفعت فعلاً الى خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قصة رجل انتسفته الجن، فأتت امرأته عمر، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فاذا انقضت عدتها تزوجت"[2].

والذي أراه أن هذا الحكم الذي قضى بن عمر بن الخطاب، وأخذ به جمهور الفقهاء، فيه نظر للمفقود وزوجته، وتؤيده السياسة الشرعية، ويحقق المصلحة، ويوافق مقاصد الشريعة وأصولها العامة، وبيان ذلك:

ان زوجة المفقود تتضرر من غياب زوجها عنها، ويزداد ضررها اذا لم تعلم حياته من موته، فلا هو حي ترجو عودته فتصبر، ولا ميت تعتد له وتنتهي عصمة الزواج بعدها، لتنظر في شأنها، وقد يطول بها الحال إذا انتظرت موت أقرانه، وقد تكون شابة فتذهب نضارتها وتمضي حياتها بدون زوج، فمن عقد

---

(١) فتح الباري: ٩/٤٢٩.

(٢) نصب الراية لاحاديث الهداية: ٣/٤٧١.

عليها فُقِد وحبسها بعقده، ولا سبيل لها الى الزواج من غيره وهي على عصمته، وكثيراً ما يؤدي مثل هذا في المرأة إلى الانحراف جرياً وراء اشباع حاجاتها الطبيعية، فكان في اجتهاد الفقهاء بخصوص رفع الضرر عن زوجة المفقود، عين الحكمة والمصلحة للمرأة والمجتمع، والفقه الحسن لقواعد الشريعة، التي تنص على رفع الحرج وازالة الضرر.

إلا أن الحكم بالتفريق بين المفقود وزوجته بعد مدة بسيطة، يلحق الضرر بالمفقود، والضرر لا يزال بضرر مثله، فقد يعود فيجد زوجته قد تزوجت بغيره، وفي هذا ضياع ماله وأسرته، فكان في تحديد مدة الأربع سنين مراعاة حال المفقود والنظر اليه، والغائب يحتاط له. وهذه مدة كافية جداً، خاصة في هذه الأيام التي تقدمت فيها وسائل الاتصالات، وأساليب التحريات، فاذا لم يظهر للغائب أي أثر بعد هذه المدة كان من المناسب أن يفرق بينه وبين زوجته، ومع أنها مدة قد تكون طويلة بحق المرأة، إلا أن فيها الاحتياط لأمر عظيم، هو حرمة الفروج، وحرمة أموال الناس، وأعراضهم، وفيها يتحقق غلبة الظن بوفاته وانقطاع خبره، أو الأمل في عودته، وبناء الأحكام على غلبة الظن مقبول فقهاً، وهو من السياسة الشرعية التي تستند الى المصلحة والحكم بالقرائن.

فيكون وجه السياسة الشرعية في هذه المسألة، ظاهراً في درء المفسدة عن المرأة وعن المجتمع، وجلب المنفعة لها بحلها للأزواج، والمصلحة للغائب بالاحتياط له في تربص الأربع سنين، كما أن ما ذهب اليه المالكية من انتظار سنة في حالة الفقد في معترك بين المسلمين والكفار، أوبعد انتهاء الوباء في البلد الذي فقد فيه دون تربص، يستند الى الحكم بالقرائن، لأن المفقود في المعركة يغلب على الظن هلاكه أكثر من المفقود في حالة السلامة، وكذلك المفقود في حالة انتشار الوباء، فان قرائن الأحوال تجعل تربص الأربع سنين بلا فائدة، فخفّضت الى سنة عملاً بهذه القرائن، والعمل بالقرائن من السياسة الشرعية، وليس للفقهاء أي مستند في ذلك سوى هذه المرونة في قواعد الشريعة وأصولها العامة، والتي تضبطها السياسة الشرعية.

المبحث الثالث

التفريق بين الزوجين للضرر أو للنزاع والشقاق

المطلب الأول: المقصود بالضرر

يقصد بالضرر الذي نهى الشارع عنه، الحاق الأذى بالآخرين بغير حق[1]، وهو بهذا المعنى العام يشمل كل ضرر مهما كان نوعه.

ومنه الضرر الواقع على الزوجة من زوجها، وهذا أيضاً يشمل أنواعاً كثيرة مر معنا بعضها فيما سبق، كالعيوب التي لا يمكن المقام معها أو المنَّفرة التي تجعل الحياة صعبة لا تطاق، والغياب عن الزوجة بدون حق، والفقد أو عدم معرفة الحياة أو الموت، وترك الانفاق عليها، إلى غير ذلك من أنواع الضرر المختلفة. إلا أن كل ما ذكر غير مقصود في هذه المسألة، وإنما المقصود نوع خاص من الضرر المباشر من الزوج لزوجته الناتج عن سوء المعاملة والمعاشرة بين الزوجين، أو ما يعرف بالقانون بالشقاق والنزاع.

فالمقصود بالشقاق اوالضرر[2]: النزاع الشديد والخلاف المتحكم بين الزوجين، وإيذاء الزوج لزوجته بالضرب المبرح أو الشتم المقذع، والتقبيح المخل بالكرامة، أو الطعن فيها بما يسيء إلى الشرف والمروءة، والحمل على فعل ما حرَّم الله، أو الاعراض والهجر بغير حق، ونحو ذلك من الإساءة القولية أو الفعلية التي تجعل الحياة بين الزوجين على غير ما يحب الله ويرضى من المودة والرحمة، بحيث يتعذر استمرار الحياة الزوجية الا بتحمل الضرر العظيم.

لذلك فلا يقصد في هذه المسألة، من أنواع الضرر إلا ما كان قولاً أو فعلاً من أحد الزوجين للآخر، وهو الضرر الناتج عن نشوز أحد الزوجين وخروجه عن الجادة بالاعتداء أوالأذى، وقد يكون متكرراً أو ايذاء فاحشاً، والزوجةلا تملك رفع الظلم عن نفسها، لأنها لا تملك الطلاق. فهل لها أن ترفع أمرها للقاضي ليخلصها من زوج يظلمها بالضرب والسب والإهانة، أو يرتكب ما

---

(١) جامع العلوم والحكم: ٢٨٨.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٧/٥٢٧.

حرَّم الله تعالى، فتتأذى بذلك، أو يحملها على ارتكاب المعاصي، ونحو ذلك من الشقاق والخلاف بين الزوجين؟ أم أنها لا تملك ذلك وليس لها إلا الصبر على الأذى، أو محاولة اصلاحه بالوسائل الممكنة، أو رفع أمره للحاكم ليزجره أو يحبسه.

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

أعطى الشارع الحكيم الزوج حق تأديب الزوجة الناشزة فقال تعالى: ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾ [النساء: ٣٤].

فالزوج مأمور شرعاً بمحاولة اصلاح وتأديب الزوجة الناشز، بالوعظ والنصح أولاً، فإن لم يجد ذلك فله أن يهجرها في الفراش، فإن لم ينفع كان له أن يضربها ضرباً غير مبرح، فإذا تجاوز الزوج الحد المشروع في ذلك، وآذاها بلا سبب أو باكثر مما تستحق، بأن ضربها ضرباً مؤلماً أو سبها بما لا يليق بها وسب أباها واهانها، أو بغير ذلك من وسائل الإيذاء غير المشروع، ووصل بهما الحال إلى حد الشقاق، فقد جعل الله لهما مخرجاً وعلاجاً آخر، وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ [النساء: ٣٥]، والمخاطب في هذه الاية هم الحكام، والمراد بقوله (ان يريدا اصلاحاً) هما الحكمان، وقد قال ابن بطال أجمع العلماء على ذلك[1].

ولست بصدد بحث شروط الحكمين ومهمتهما ومن يبعثهما، وغير ذلك مما اختلف فيه الفقهاء، ولكنني اقول: إذا عجز الحكمان عن الاصلاح بين الزوجين ولم يتوفقا لحلٍ يلم شمل الأسرة، وبقي الزوج مصراً على الإساءة والزوجة مصرة على التفريق، فهل يجوز التفريق بين الزوجين في هذه الحالة، أم تنتهي مهمة القضاء عند ذلك، دون أية نتيجة؟

---

(١) فتح الباري: ٩/٤٠٣.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة، بناء على اختلافهم في جواز التفريق للنزاع والشقاق على النحو التالي:

أولاً: قال فريق من العلماء[1]، أن مهمة الحكمين الاصلاح والتوفيق بين الزوجين، وليس لهما التفريق، لذلك فالتفريق للنزاع والشقاق غير جائز. وهذا مذهب الحنفية والشافعي في القول الثاني وابن حنبل في رواية والشيعة الإمامية، وقال به من التابعين الحسن البصري وعطاء وقتادة، بمعنى أنهم لا يجيزون التفريق للنزاع والشقاق.

ثانياً: وقال آخرون: إن مهمة الحكمين إيجاد حل للشقاق الواقع بين الزوجين، فإن تم الصلح بينهما والتوفيق فبها، والا فرّقا بينهما، وهؤلاء يجيزون التفريق للنزاع والشقاق إن تعذر الاصلاح بين الزوجين، وهذا قول الإمام مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قولين وابن حنبل في رواية عنه[2].

اما المانعون وهم اصحاب القول الأول، فقد جاء في نصوصهم وادلتهم ما يلي:

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أن للزوج على زوجته ولاية التأديب، إذا لم تطعه فيما يلزم من طاعته فله أن يؤدبها، ولكن على الترتيب، فيعظها أولاً بالرفق واللين، فإن نجحت فيها الموعظة، وإلا هجرها في الفراش، فإن لم ينفع ذلك، ضربها ضرباً غير مُبرح ولا شائن، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه إليهما حكمين، حكماً من أهله وحكماً من أهلها. وقالوا أن سبيل ذلك هو سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[3].

وصرّح الجصاص من الحنفية: انه ليس للحكمين أن يفرقا الا برضا الزوجين، لأن الحاكم ليس له ذلك، فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان.

---

(١) مغني المحتاج: ٣/٢٥٩، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٣/٢٣٦، المغني: ٧/٣٢١، شرائع الإسلام: ٢/٣٣٩، مقارنة المذاهب في الفقه: ٩٦، مدى حرية الزوجين في الطلاق: ٢/٧٥٨، زاد المعاد في هدي خير العباد: ٤/٤٠ .

(٢) القوانين الفقهية: ٢٢٣، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع: ٢/٩٦.

(٣) أحكام القرآن، للجصاص: ٢/٢٣٣.

ويلاحظ أن الحنفية اعتبروا الحكمين مجرد وسيلة من وسائل التأديب، أوالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وليس لهما أكثر من محاولة الإصلاح بين الزوجين، فإذا لم يتم الصلح وبقي النزاع قائماً فما الحل؟

ثم أن الحنفية ذكروا ذلك على انه وسيلة يلجأ إليها الزوج في حالة نشوز زوجته، مع أن له حق الطلاق، ويستطيع أن يرفع الضرر عن نفسه بالطلاق إذا شاء، فإذا كانت المتضررة هي الزوجة، والنشوز من الزوج فما العمل وهي لا تملك الطلاق؟

مذهب الشافعية: فقد جاء فيه أن التعدي بين الزوجين أو الشقاق إما أن يكون من الزوجة، أوالزوج، **أو منهما:**

فإذا كان النشوز من الزوجة، وعظها بلا هجر ولا ضرب، فإن تكرر، هجرها في المضجع، فإن أصرت على النشوز ضربها، إذا كان مفيداً في تاديبها، وإلا فلا يضربها، كما صرح بذلك الإمام الشافعي. ولا يكون ضرباً مبرحاً ولا على الوجه والمهالك، والاولى له العفو عن الضرب، ولا يحق له ان يرفع الأمر الى القاضي ليؤدبها، لما فيه من العار والمشقة، وتوحيش القلوب.

أما إذا كانت الاساءة من الزوج بضرب أو غيره بدون سبب، نهاه القاضي عن ذلك، فإن عاد وطلبت الزوجة تعزيره، عزره بما يليق به لتعديه عليها.

وأما إن كان التعدي من الزوجين، وأشكل الأمر بينهما، تعرف القاضي الحال، فإذا تبين له، منع الظالم منهما، فإن اشتد الشقاق، بعث القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها، لينظرا في أمرهما. والبعث واجب بالنص، وهما وكيلان في الأظهر عن الزوجين، وقيل: هما موليّان من الحاكم، لإن الله تعالى سمّاهما حكمين، والوكيل مأذون ليس بحكم[1].

فالأظهر من الروايتين عند الشافعية أن الحكمين وكيلان، فليس لهما أن يفرقا بين الزوجين إلا برضاهما، يؤيده ما جاء في آخر كلام الشارح، أنه إن لم يرض الزوجان ببعث الحكمين ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم منهما، واستوفى للمظلوم حقه، ويعمل بشهادة الحكمين.

---

(١) روضة الطالبين: ٧/٣٦٧.

واستدلوا للقول بأن الحكمين وكيلان وليسا موليين، بقولهم (ان الحال قد يؤدي إلى الفراق، والبضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان، فلا يولى عليهما، والطلاق لا يدخل تحت الولاية)[1].

وعند الحنابلة: جاء في المغنى، أنه روي عن أحمد أن الحكمين وكيلان للزوجين لا يملكان التفريق إلا بإذنهما، وفي رواية أخرى عنه أنهما حاكمان[2]، وصرَّح صاحب الانصاف أن الصحيح في المذهب: ان الحكمين وكيلان عن الزوجين، لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما[3].

وعند الشيعة الإمامية: أن النشوز إن كان من الزوجة والزوج معاً، وخُشي الشقاق، بعث الحاكم حكماً من أهل الزوج وآخر من أهل المرأة، ولكن: هل بعثهماعلى سبيل التحكيم أو التوكيل؟ الأظهر أنه تحكيم، فإن اتفقا على الاصلاح فعلاه، وإن اتفقا على التفريق لم يصح إلا برضا الزوجين في الطلاق ورضا المرأة في البذل إن كان خُلعاً[4].

وواضح من هذا النص أنهما حكمان بخصوص الاصلاح فقط، أما بخصوص التفريق فلا ينفذ لهما قول إلا بموافقة الزوجين.

وقد استدل المانعون على الجملة بما يلي:

١ ـ إن مهمة الحكمين هي الاصلاح بين الزوجين كما نص على ذلك القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿ إن يُريدَا إصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بينهما ﴾ [النساء: ٣٥]، ولم يذكر التفريق، فدل على أن ايفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين، واعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده.

٢ ـ إن في تفريق الحكمين اخراج الملك من صاحبه بدون رضاه، وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/٢٥٩.

(٢) المغني: ٧/٣٢١.

(٣) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: ٨/٢٨٠.

(٤) شرائع الإسلام: ٢/٣٣٩.

٣ ـ إن سلطة الحكمين بالتفريق لا أصل لها، لأن ذلك إما أن يكون مستمداً من الحاكم، أو من الزوجين، فإن كانت مهمتهما مستمدة من الحاكم، فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق، وإن كان من الزوجة فلا تصح بدون توكيل.

أما الفقهاء القائلون بجواز التفريق للشقاق والضرر فهم المالكية، اضافة إلى ما ذكرت من رواية عند الشافعية وأخرى عند الحنابلة، فلا تعاد هنا ويكتفى بذكر أقوال المالكية:

فقد جاء في المدونة: أن الحكمين إذا استطاعا الصلح اصلحا بين الزوجين، وإلا فرّقا بينهما[١].

وفي شرح الخرشي: إنّ الزوج إذا كان يضار زوجته، فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا ثبت ذلك لديه، زجره وضربه إذا لم ترد الزوجة التطليق، وإن استمر الاشكال بعث حكمين. والمشهور أن طريقهما الحكم، وليس الوكالة، ولا الشهادة، فإذا حكما بطلاق نفذ، ولا يحتاج إلا رضا الزوجين، وتكون الطلقة بائنة[٢].

وقد ذكروا صوراً للضرر من الزوج لزوجته، ومنها قطع كلامه منها، وتحويل وجهه عنها، وضربها ضرباً مؤلماً. وقالوا ان لها حق طلب التطليق للضرر، ولو بنوع واحد منه، أو لو حصل مرة واحدة ولم يتكرر.

وقد أورد ابن فرحون امثلة عديدة من مذهب مالك على الضرر الموجب للتفريق منها: اذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتصّت منه، فإنها تطلق عليه، وإذا مثل الرجل بزوجته طلقت عليه، وقال إن هذه من مسائل السياسة الشرعية[٣]، وذكر ابن جزي[٤]، **ثلاث حالات للنشوز الأولى:** أن يكون النشوز منها فيعظها، فإن قبلت والا هجرها، فإن انتهت والا ضربها ضرباً غير مخوف، فإن غلب على ظنه أنها لا

(١) المدونة الكبرى: ٢/٣٦٧.

(٢) الشرح الصغير: ٢/٥١٤.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/١٣٩ ـ ١٤١.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢٢٣.

تترك النشوز إلا بضرب مخوف، تركها.

والثانية أن يكون العدوان منه بالضرب والأذى، فيُزجر عن ذلك ويجبر على العود إلى العدل، والا طلقت عليه لضرره.

والثالثة: أن يشكل الأمر وقد ساء ما بينهما وتكررت شكواها، ولم يقدر على الاصلاح بينهما، فيبعثُ حكمان من جهة الحاكم، فإذا حكما بالفراق فهي طلقة بائنة، فإن حكما بأكثر من واحدة، لم يلزم، وقيل يلزم.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بما يلي:[1].

١ ـ إن الله تعالى قال: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]، فدل ذلك على أنهما حكمان، ولو كانا وكيلين لقال: ابعثوا وكيلاً عنهما، والحكم يحكم بما يراه من المصلحة فإن وفق الحكمان إلى الاصلاح كان خيراً، وإلا فلهما التفريق بين الزوجين.

٢ ـ إن الله تعالى أمر الزوج بقوله: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإذا حصل الشقاق تعين التسريح، لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين، وحاول الحكمان الاصلاح فلم يصلا إلى نتيجة، لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين.

٣ ـ إن القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين، فكما أن العدالة تكون بالإصلاح بينهما قد تقتضي العدالة التفريق بينهما، وليس من العدالة عدم التفريق بينهما، وليس من العدالة أن يقبل القاضي حكم الاصلاح ولا يقبل حكم التفريق، فإذا قررا التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك.

هذه أقوال الفريقين في حكم هذه المسألة وأدلتهم، ويلاحظ على أصحاب الاتجاه الثاني القائلين بجواز التفريق للضرر ما يلي:

١ ـ انهم أعطوا هذا الحق للزوجة ـ يفهم هذا من الحالات الثلاث التي ذكروها والا فإن قولهم بجواز التفريق للضرر يفهم منه ما هو أعم من ذلك ـ إذا تضررت من زوجها، أو إذا اشكل الأمر وظهر الشقاق بينهما ولم يعرف المتسبب فيه منهما وتكررت شكواها، فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ليفرق بينها

---

(١) فتح الباري: ٤٠٣/٩، زاد المعاد في هدي خير العباد: ٤١/٤.

وبين زوجها للضرر. أما إذا كان المتضرر هو الزوج، فقد اقتصروا على وسائل التاديب الواردة في النص من الوعظ أوالهجر في الفراش، والضرب غير المبّرح، وله أن يطلقها إذا شاء، لأنه يملك ذلك، أما هي فلا تملكه، فكان من العدالة رفع الضرر عنها بالطلاق إذا تعذر الإصلاح.

٢ ـ أنهم لم يحصروا الضرر بصورة معينة، وإنما كل ما كان فيه إساءة للمرأة قولاً أو فعلاً ولو لم يتكرر، يكون موجباً لبعث الحكمين، إذا ثبت لدى الحاكم، وتعذر عليه الاصلاح بين الزوجين.

٣ ـ أنواع الضرر التي ذكرها ابن فرحون، وهي فعله بها ما يوجب القصاص أو التمثيل بالزوجة، هذه الأنواع من الضرر الجسيم، وقد نص على أنها توجب الطلاق، ولكن هل تحتاج إلى بعث حكمين لمحاولة الاصلاح بينهما أم لا تحتاج إلى ذلك؟ لأنها من الجسامة بحيث يتعذر معها الاصلاح بداهة، لم أجد في المذهب المالكي ما يفيد تخصيصها بإجراءات قضائية معينة، مع أنني أرى أنها ليست اضراراً عادية يمكن التغلب عليها، بل هي لجسامتها تجعل الحياة مستحيلة مما يوجب النظر إليها باعتبار خاص.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

من استطلاع أقوال الفريقين وأدلتهم، أرى: أن مذهب القائلين بجواز التفريق للشقاق والضرر هو الأرجح لما يلي:

١ ـ اعتماد المانعين في الاستدلال على مذهبهم بأن الحكمين وكيلان، يخالف ظاهر نص القرآن الكريم، الذي سماهما حكمين. وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله:

«والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله، وأيضاً لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وأيضاً فإنه جعل الحكم إليهما فقال: إن يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما، والوكيلان لا ارادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكليهما، وأيضاً فإن الوكيل لا

يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص، وأيضاً فالحكم من له ولاية الحكم والالزام وليس للوكيل شيء من ذلك، وأيضاً فانه سبحانه خاطب بذلك غير الزوجين، وكيف يصح أن يوكل عن الرجل والمرأة غيرهما »[1].

فهذه الوجوه التي ذكرها ابن القيم رحمه الله، تكفي للدلالة على عدم صحة القول بأن الحكمين وكيلان، والمانعون بنوا جملة أدلتهم على هذا الاعتبار، فإذا فسد ذلك سقط المعارض، ونهض القول بجواز التفريق قضاء لعدم المعارض له في ذلك.

٢ ـ أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، فليس لهم فيه أدنى معتمد، لأن الحكم بالتفريق بين رجل ثبت ظلمه وامرأة مظلومة أو العكس، وما يترتب على هذا التفريق من حقوق مالية يقدرها الحكمان، هو أكل للمال بالحق وليس بالباطل، لان رد المال إلى صاحبه لا يعد أكلاً لمال الناس بالباطل، ورفع الغبن عن مظلوم لا يحتاج إلى رضا الظالم، لأن رفع الظلم واجب شاء الظالم أم أبى.

٣ ـ إن عجز الحكمين عن الاصلاح بعد أن عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين، واستعصى عليهما حلها رغم بذل الجهد في ذلك، يعتبر دليلاً على استحالة الحياة الزوجية بينهما على الوجه الذي اراده الله تعالى من المودة والرحمة والسكن، وتصبح الحياة الزوجية شقاء لا يطاق، وهذا يخالف مقاصد الشريعة في الزواج، ويخالف وضع الشارع للأحكام، وكل ما خالف وضع الشارع فهو باطل، فوجب إنهاء هذا الشقاء ولو بالتفريق بين المتنازعين، تحقيقاً لمقصد الشارع في بناء الأسرة المسلمة.

٤ ـ إن اعتماد المانعين على القول بأن الحاكم لا يملك التفريق فلا يملكه الحكمان، يخالف قولهم بأن للحاكم التفريق للعُنَّة فقد قال المانعون من الحنفية والشافعية[2] والحنابلة: بأن العُنَّة من العيوب المجيزة للفرقة، وقالوا: لا بد فيها من حكم الحاكم، لأنها أمر مجتهد فيه، وبهذا فإن الحاكم يملك التفريق وإن

---

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد: ٤/٤٢.

(٢) انظر صفحة ٢٠٩ من هذا البحث.

رفض الزوج العنين ذلك، وقالوا: انه ممسك بغير حق، وعللوه برفع الضرر عنها، فلماذا لا يكون التفريق للشقاق مثله، والضرر هو الضرر، فإذا صلح أن يكون علة في العنين، صلح أن يكون علة هنا.

٥ ـ إن قوله ﷺ "لا ضرر ولا ضرار" وهي قاعدة كبرى من قواعد الدين التي تبنى عليها الأحكام، يمنع الضرر أياً كان نوعه، لأن النهي عن الضرر في الحديث جاء مطلقاً، ولم يرد دليل التخصيص، فيبقى على إطلاقه، ومقتضى ذلك انه لا يجوز أن يقال بمنع نوع من الضرر واباحة نوع آخر، ولو كان أشد منه ضرراً، فمعروف أن المرأة تتضرر من عُنّة زوجها، ولكنها قد تتضرر أكثر من ضربه لها ضرباً مؤلماً وإيذائها بالفاحش من القول، إضافة إلى هجرها وترك جماعها، فامرأة هذا امرأة عنين، ومعلوم إن الضرر إذا زاد عظم الاثم وزادت الحاجة إلى زواله، وليس أعظم من ضرر فساد ذات البين الذي قال عنها رسول الله ﷺ هي الحالقة، عن أبي الدرداء أن رسول الله ﷺ قال: «إلا اخبركم بأفضل من درجة القيام والصلاة والصدقة قالوا بلى يا رسول الله قال: اصلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة»[1].

وزاد الترمذي: لا أقول تحلق الشعر ولكن تحلق الدين[2]، وفي الموطأ: وإياكم والبغضة فإنها هي الحالقة[3] التي تحلق الدين، فلا توجد مفسدة أعظم من ذهاب الدين بالشقاق والاختلاف والعداوة الدائمة والنزاع المستحكم بين الزوجين، الذي يؤثر على جميع أفراد الأسرة من الأبناء والبنات، ويمتد إلى الأهل والعشيرة والأصدقاء ويجعل من المجتمع مسرحاً للحقد والضغينة، وربما أدى إلى الاعتداء على المال بشهادة الزور، أو الاعتداء على العرض بالطعن فيه وقذف المحصنات، أو ربما أدى إلى الاعتداء على النفس بالقتل والثأر ونحو ذلك.

وإذا كانت هذه المفسدة لا تزول إلا بالتفريق بين الزوجين فهو اختيار لأخف الضررين، ويكون التفريق للشقاق والضرر مشروعاً في هذه الحالة دفعاً لضرر

---

(١) سنن أبي داود: ٤/ ٢٨٠.

(٢) التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول: ٥/٦٩.

(٣) الموطأ: ٢/٩٠٤.

أعظم أو سداً للذريعة المذكورة وقد فهم ذلك صاحب فتح الباري[1]، حيث قال: «أنه يؤخذ من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء: ٣٥]، العمل بسد الذرائع، لأن الله تعالى أمر ببعثة الحكمين عند خوف الشقاق قبل وقوعه» فكيف إذا وقع وتجاوز حدود الأسرة إلى الأهل والعشيرة، فعندئذٍ يكون سد الذريعة آكد واشد وجوباً.

وبهذه الأسباب مجتمعة يترجح لدّي مذهب المالكية في جواز التفريق للشقاق والضرر، بعد العجز عن الاصلاح وبذل الجهد في ذلك من الحاكم والأهل والحكمين، وتعين الفرقة حلاً للنزاع المستحكم.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

عالج القرآن الكريم حكم نشوز الزوج، وحكم نشوز الزوجة، وأمرهما بحسن المعاشرة والسعي إلى الاصلاح بشتى الوسائل، حرصاً على استمرار الحياة الزوجية على أساس من المودة والتراحم.

إلا أنه لم ينص على التفريق بين الزوجين، إذا فشلت وسائل إصلاح الحياة الزوجية، وتعذر استمرارها على الوجه المقصود شرعاً، فإذا تضرر الزوج من نشوز زوجته، كان له أن يتخلص من حياته معها بالطلاق، الذي جعله الشارع بيده، ويدفع بذلك الضرر عن نفسه ليتزوج بمن شاء غيرها، أما إذا تضررت الزوجه من نشوز زوجها وعجزت عن منعه من ذلك، واستعانت بالأهل والحكمين، فلم يكف الزوج عند ايذائها، ورفعت أمره للقاضي ليزجره، فلم ينزجر، كان لها أن تلجأ إلى المخالعة وفداء نفسها منه، بما تملك من المال أو المهر المدفوع لها، ولكن ذلك مشروط برضا الزوج وموافقته، إذ المخالعة أو الطلاق على مال لا بد فيهما من توافق إرادتين، أو التراضي بين الطرفين، لأنها في حكم الطلاق المعلق على شرط، فلا بد أن يشترط أحدهما ويوافق الآخر، فإذا حصل أن حاولت الزوجة الاتفاق مع زوجها الذي يؤذيها ويسيء إليها وتضررت منه، أن تفدي نفسها بما يشاء من مال، فأبى، أو يشترط ما يشاء

---

(١) فتح الباري: ٩/٤٠٤ .

مقابل الطلاق فأبى، أو يحسن معاشرتها ويمسكها بالمعروف فأبى، أو يتحاكما إلى من يرضون حكمه لاصلاح أمر الأسرة، فأبى الا الامساك مع الايذاء والضرب والإهانة، فإنه في هذه الحالة يكون مضاراً، ويصدق عليه ما قاله رسول الله ﷺ لصاحب النخلة: «إنما أنت مضار» وقال لصاحب البستان: اذهب فاقلع نخله. (حديث سمرة بن جندب أخرجه أبو داود في سننه انه كان له عَضُدٌ من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به وشق عليه فطلب اليه ان يناقله فأبى فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه فأبى فطلب اليه ان يناقله فأبى قال فهل له ولك كذا أو كذا امراً رغبه فيه فأبى فقال: انت مضار فقال النبي ﷺ للأنصاري اذهب فاقلع نخله)[1] .

قال أحمد بن حنبل بعد أن روي له هذا الحديث: «كل من كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك وإلا أجبره السلطان ولا يضرب فيه»[2].

فإذا حصل ذلك من الزوج، كان للحاكم أن يفرِّق بينهما على وجه يحقق العدل للطرفين، لأن الزوجة لا تملك أن ترفع الضرر عن نفسها بالطلاق، ولا سبيل لها إلى التراضي مع إباء الزوج، فلا بد من ازالة الضرر عن طريق الحاكم، لأن الضرر يزال. وفي هذا تحقيق مصلحة للمرأة بخلاصها من إضرار الزوج بها، وتحقيق مصلحة للمجتمع بوقف أسباب النزاع فيه بين الأسرة، وقد يمتد إلى الأهل والأولاد، ولا يكون هذا الحكم مخالفاً لأحكام الشريعة الاسلامية، ولو لم يرد بخصوصه نص، وهو حكم توجبه السياسة الشرعية، لأن تحقيق المصلحة ورفع الضرر، من مستندات السياسة الشرعية ومن أصولها المعتمدة. وقد ذكر في مذهب المجيزين للتفريق في هذه الحالة، وهم المالكية أنهم عللوه بالضرر، وهو كما يفهم من تعليلهم يشمل الضرر الواقع على الزوجة من زوجها، كما يشمل الضرر الواقع على الزوج من زوجته، فمع أنه يملك الطلاق ويستطيع أن يرفع الضرر عن نفسه به، إلا أن ذلك قد يكلفه مبالغ طائلة، إضافة إلى ما انفقه في زواجها، كدفع المهر المؤجل ونفقة العدة والتعويض عن

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٣١٥.

(٢) جامع العلوم والحكم: ٢٩٠.

الطلاق عند من يرى وجوبه ونفقات زوجة أخرى، وهو المتضرر من نشوز الزوجة، فله أن يطلب التفريق أيضاً للشقاق والضرر، لأن النص عند المالكية مطلق[1]، وهو يبقى على اطلاق، ليشمل كل حالات الضرر.

وبهذا تكون السياسة الشرعية في المسألة على وجه يحقق العدالة بين الزوجين، ويرفع الضرر عن المتضرر منهما بمقدار اساءة الآخر، شريطة أن يتعذر الاصلاح وتفشل كل وسائل الخير الأخرى، فالتفريق هو العلاج النهائي لمشكلة زوجية استعصت على المصلحين والحكام، وتعين التفريق حلاً للشقاق الدائم ورفعا للضرر المستمر، وهنا تستطيع السياسة الشرعية أن تغير من وسائلها بما يحقق هذه الغاية، فقد تعطي الحق للقاضي في تعرف أسباب النزاع والشقاق، ومحاولة التوصل إلى طريقة مرضية لاستمرار الحياة الزوجية، وقد تعطي القاضي حق حبس الظالم مدة معينة على أمل الرجوع عن ظلمه، وقد يضرب القاضي أجلاً للاصلاح بين الطرفين أو يحيلهما إلى محكمين، أو غير ذلك من الوسائل المشروعة التي يجب أن تبذل للاصلاح، قبل أن يقرر الحاكم التفريق، مع مراعاة اختلاف اعراف الناس وبيئاتهم، فقد يصلح هذا ما لا يُصلح ذاك، وقد تكون المرأة شريفة يسيئها مالا يسيء غيرها، أو وضيعة ترضى بما لا يرضى به غيرها، فكل ذلك يجب مراعاته والتَّفطُّن إليه، لأن مقصد الشارع الأصلي من الزواج هو الديمومة والاستمرار، على أساس من المودة والرحمة، ولا يصار إلى هدم الزواج إلا إذا تعذر تحقيق مقصده بشتى الوسائل المتاحة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى: فإنه إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين إلا بضرر دائم، وشقاء متكرر، وظلم لا يطاق، فإنه يجب على الحاكم أن يتدخل لمنع استمرار الظلم، فالزوج يصر على الإمساك مع الأذى، والزوجة لا تملك الطلاق، وهذا قد يؤدي بالزوجة أيضاً إلى الانحراف، فإن الانسان يستطيع أن يصبر إلى حين، ثم قد تلجأ المرأة للخلاص من هذا الواقع إلى وسائل محرمة، إذا رأت أن لا حل لحياتها، كالانتحار، أو فعل ما يجلب له العار، لتدفعه إلى طلاقها. وهذا متوقع، والمتوقع كالواقع، فعندئذٍ تتدخل السياسة الشرعية بأصل آخر من أصولها، وهو سد الذرائع، لتضع حداً للظلم

---

(١) القوانين الفقهية: ٢٢٣ .

الذي يصر الزوج على بقائه، أو للمفسدة المتوقعة من ذلك، وسد الذرائع في هذه الحالة يمنع الظلم الواقع من الاستمرار، كما يمنع الضرر المتوقع قبل وقوعه من أن يقع، وهذا ما فهمه صاحب فتح الباري[1] من أن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء: ٣٥] يدل على العمل بمبدأ سد الذرائع، لأنه يريد للشقاق أن لا يقع بين الزوجين، فمجرد خوف الحكام من وقوعه أمرهم الله تعالى ببعث الحكمين للنظر في أمر الزوجين، يفهم ذلك من قوله تعالى: ﴿خِفْتُمْ﴾.

وهذا دور وقائي تقوم به السياسة الشرعية، وهو منع المفسدة من الوقوع عن طريق مبدأ سد الذرائع الذي هو أصل من أصول السياسة الشرعية.

---

(١) فتح الباري: ٩/٤٠٤.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

المبحث الرابع

الزام الغائب عن زوجته بالانفاق أو الطلاق

المطلب الأول: المقصود بالمسألة وصورتها

مَرَّ فيما سبق ان من آثار عقد الزواج النفقة، وأنها واجبة للزوجة على زوجها، حاضراً كان أو غائباً، غنياً كان أو فقيراً، حسب حاله ومقدرته، وإن النفقة تشمل المأكل والملبس والمسكن.

فإذا حصل أن غاب الزوج عن زوجته وتركها بدون نفقة ولم يرسل لها ما تنفق منه على نفسها، أو اعسر بنفقتها فلم يستطع أن يطعمها، ولم يجد ما ينفق منه على عياله[1]، أو امتنع عن الانفاق عليها رغم يساره، ولم يقم بإيفاء الواجب عليه رغم الزام الحاكم له بالنفقة، ظلماً واضراراً بالزوجة، ففي جميع هذه الحالات من عدم الانفاق على الزوجة سواء كان الزوج معسراً أو ممتنعاً أو غائباً، وليس له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه جبراً عليه، ستبقى الزوجة المحبوسة بعقد الزواج بدون نفقة، مع أهمية ذلك لقيام حياتها وبدنها، لأنها من الضروريات التي لا تحفظ النفس بدونها، وحفظ النفس مقصد ضروري من مقاصد الشارع.

إذا حصل ذلك، ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، وطلبت منه انصافها، ورفع الظلم عنها، فماذا يفعل؟ هل يحضر الزوج ويأمر بسجنه لأداء حق النفقة كسائر الحقوق أو الديون الأخرى؟ وقد يكون الزوج غائباً يتعذر على الحاكم احضاره، أو معسراً فلا فائدة ترجى للزوجة من حبسه الذي سيزيده اعساراً، لأنه لن يتمكن من العمل، أم يقول للزوج إذا لم تقم بالانفاق على زوجتك خلال مدة معينة ولم تطلقها فسوف أطلقها عليك، بما للقاضي من سلطة في ذلك، رفعاً للظلم واحقاقاً للحق؟

وبمعنى آخر: إذا حكم للزوجة على زوجها بنفقة، وتعذر تحصيلها من هذا الزوج، لغيابه أو اعساره وعجزه عنها أو امتناعه، ولم يكن له مال ظاهر يمكن

---

(١) المعسر هو من لم يجد ما ينفقه على عياله، فقه اللغة وسر العربية: ١٣٧.

للحاكم أن ينفذ حكم النفقة فيه، فهل للحاكم في هذ الحالة أن يفرق بين الزوجين، حتى تتمكن المرأة التي حرمت من الانفاق عليها من الزواج بمن ينفق عليها، أم ليس له ذلك وهي امرأة ابتليت فلتصبر؟

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في جواز التفريق لعدم الانفاق على قولين:

الأول: أنه ليس للقاضي أن يفرق بينهما، ولكنه يأذن لها بالاستدانة وترجع على الزوج إذا أيسر أو حضر، وللحاكم أن يحبسه إن كان ممتنعاً حتى يرغمه على دفعها، أو يبيع ماله، وإذا لم يمكن ذلك فهي امرأة ابتليت فلتصبر.

وهو قول الحنفية[1]، والزيدية[2]، وابن حزم[3]، والإباضية[4] [5]، وممن قال به من الصحابة[6]: عثمان بن عفان وعمرو بن العاص وابن عباس رضي الله عنهم.

ومما جاء بهذا الخصوص عن الحنفية «إن بقاء الزوج قادراً على النفقة ليس بشرط لبقاء النكاح لازماً، حتى لو عجز عن النفقة لا يثبت لها حق المطالبة بالتفريق»، وقد عللوا ذلك بقولهم «إن التفريق ابطال ملك النكاح على الزوج من غير رضاه، وهذا في الضرر فوق ضرر المرأة بعجز الزوج عن النفقة، لأن القاضي يفرض النفقة على الزوج إذا طلبت المرأة الفرض، ويأمرها بالانفاق من مال نفسها إن كان لها مال، وبالاستدانة إن لم يكن إلى وقت اليسار، فتصير النفقة ديناً في ذمته بقضاء القاضي، فترجع المرأة عليه بما أنفقت إذا أيسر الزوج،

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: ٢/ ٣٣٥، شرح فتح القدير: ٤/ ١٩٢، المبسوط: ٥/ ١٩٠، رد المحتار على الدر المختار: ٢/ ٦٥٦.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار: ٣/ ٢٧٤ .

(٣) المحلّى: ١٠/ ٨٨ .

(٤) شرح النيل: ٤/ ٨.

(٥) (الإباضية هم اتباع عبد الله بن أباض الذي خرج على الدولة الأموية في أيام مروان بن محمد وذكرهم الشهرستاني في فرق الخوارج، الملل والنحل: ١/ ١٣٤).

(٦) المغني: ٨/ ٢٠٤، المحلّى: ١٠/ ٩٦، سبل السلام: ٣/ ٢٢٥.

فيتأخر حقها إلى يسار الزوج، ولا يبطل، وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير».

وعلى الجملة فقد استدل اصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول منها:

١ ـ قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧].

ووجه الاستدلال بالآية: إن الله تعالى أوجب على المعسر أن ينفق مما أتاه الله، فإذا أعسر الرجل ولم يجد سبباً يمكنه من تحصيل النفقة، فلا تكليف عليه. بدليل قوله تعالى في الآية نفسها ﴿لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧] فإن الله لم يكلفه النفقة في هذه الحالة، وترك ما لا يجب لا إثم فيه، فكيف يكون سبباً للتفريق بينه وبين زوجته[1].

٢ ـ ومن السنة ما رواه أبو الزبير عن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر وعمر على رسول الله ﷺ فوجداه جالساً حوله نساؤه واجماً ساكناً، فقال أبو بكر يا رسول الله: لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول الله ﷺ وقال: هن حولي كما ترى، يسألنني النفقة. فقام أبو بكر على عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله ﷺ ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئاً ابداً ما ليس عنده، ثم اعتزلهن عليه الصلاة والسلام شهراً[2].

وقد استدلوا بهذا الحديث من وجهين:

أولاً: أن أبا بكر رضي الله عنه ضرب امرأته حينما سألته مالا يجد من النفقة، وكذلك فعل أبو بكر وعمر مع عائشة وحفصة، وكان ذلك بحضور رسول الله ﷺ، فأقرهما ولم ينكر عليهما ذلك، ولو كان طلب النفقة مع إعساره ﷺ حقاً لما ضرباهما عليه، إذ من المحال أن يضربا طالبتي حق ويقرهما رسول الله ﷺ على ذلك، فدل أنه ليس للمرأة أن تطلب من زوجها ما ليس عنده، فكيف يكون لها الحق في طلب التفريق لعدم النفقة[3].

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٣/ ٥٤.

(٢) شرح صحيح مسلم: ١٠/ ٨١.

(٣) المحلى: ١/ ٩٧، زاد المعاد في هدي خير العباد: ٤/ ١٨٩.

ثانياً: إن اعتزاله ﷺ لنسائه بعد طلب النفقة، يدل على أنهن طلبن ما لا حق لهن به، وإلا فلا يعقل أن رسول الله ﷺ يعاقب نساءه بالاعتزال على طلب هو لهن حق، فذلك ظلم، قد عصمه الله تعالى منه.

٣ ـ ومن المعقول: استدلوا بالقياس على الدَّيْن، فإن الله تعالى أمر صاحب الدين أن يُنظر المعسر إلى الميسرة بقوله تعالى﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وغاية النفقة أن تكون ديناً للزوجة على زوجها، فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة. ووجه الشبه بين الدين والنفقة: أن الدائن وجب عليه إمهال مدينه إذا كان معسراً بالنص، وكذلك يجب على الزوجة إمهال زوجها بالنفقة حتى يساره، لأنها دين أيضاً.

القول الثاني:

إن للقاضي أن يفرق بينهما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، وأصحاب هذا القول هم المالكية[١]، وبعض الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب، وممن قاله به من الصحابة رضوان الله عليهم: عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة[٤]، وهؤلاء المجيزون للتفريق لعدم الانفاق، اختلفت عبارتهم في بعض الأمور وتعليلاتهم، ومن المناسب ذكر بعض نصوصهم، لمعرفة وجه السياسة الشرعية فيها، ومن ذلك:

قال المالكية: أن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها، ورفعت أمرها إلى الحاكم، وشكت ضرر ذلك، فإن الحاكم يأمر زوجها بالنفقة أو

---

(١) المدونة الكبرى: ٢/٢٦٣، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٤/١٩٦، مذاهب الجليل بشرح مختصر خليل: ٨٣/٢٢٦.

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/١٦٣، اغاثة الطالبين: ٣/٥٩، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع: ٢/١٤٧، كفاية الأخيار: ٢/٩٢.

(٣) المغني: ٨/١٩٥ ـ ٢٣٧، المبدع في شرح المقنع: ٨/٢٠٦، مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣٤/٨٣، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: ٩/٣٨٣.

(٤) المغني: ٨/٢٠٤.

الطلاق، فإن انفق فلا كلام، وإن أبى من ذلـك ومن الطلاق أيضاً، فإن الحاكم يطلق عليه بعد التلوم باجتهاده[1][2].

وهو عندهم طلاق رجـعي، إلا أن الزوج لا يملك فيـه الرجعـة، إلا بعد أن يوجد معه يسـار يقوم بواجب مثلها. وواضح إن هذا في المدخول بهـا، أما غير المدخول بها فيقع بائناً.

وعللوا قولهـم بعدم صحـة الرجعة إلا باليـسار، بأن الطلقـة إنما كانت لأجل ضرر فقره، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة، وهو الإعسار.

مذهب الشافـعية: فقد جـاء فيه «أن الزوج إذا أعسـر بنفقة المعسـر، فلها أن تفسـخ النكاح، لأنه إذا ثبت لها الـفسخ بالعـجز عن الوطء، والضـرر فيـه أقل، فلإن يثبت بالعجز عن النفقة، والضرر فيه أكثر، أولى»[3].

وامـا إذا امـتنع الزوج عن الانفـاق وهو موسـر، لم يثبت لهـا الفسخ، لأنه يمكن الاسـتيفـاء بالحاكم، وإن غـاب وانقطع خبـره لم يثبت لـها الفـسخ، وفي المذهب وجه آخر.

ويلاحظ: أنهم خـالفـوا المالكية بـجعل التـفـريق للاعـسار فـسـخاً لا طلاقـاً، والفـسخ يزيل العـقد ولا ينقص عدد الطلـقات، وإنهم حـصـروا جواز الـتفـريق بالإعسار فقط، فالامتناع والغياب ليـسا من أسباب جواز التفريق، مع أنهم عللوا الجواز بالضرر، وهو موجود في كل ذلك.

كما أنهم قيدوا الاعـسار المجيز للتفريق، بأنه الاعسار بنفقـة المعسر فقط، أما إذا كانت النفقة المقدرة للزوجة حسب حال الزوج، وكانت أكثر من نفقة المعسر، مثل أن تكون نفقة المتوسط أو الموسر، فإن هذا الإعـسار لا يُجيز التفريق، حتى يصبح الزوج معسراً عن نفقة المعسرين في أقل مقدار لها.

أما مذهب الحنابلة: فقد جـاء فيه أنه[4]، إن أعسر الزوج بنفـقتها أو ببعـضها

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ١٩٧/٤.

(٢) ومعنى التلوم الإمهال، وضرب الأجل.

(٣) المهذب في فقه الامام الشافعي: ١٦٣/٢.

(٤) المبدع في شرح المقنع: ٢٠٦/٨.

أو بالكسوة، خيِّرت بين فسخ النكاح والمقام معه لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وليس الإمساك مع ترك الانفاق إمساكاً بالمعروف، فتعين التسريح ولأن هذا أولى بالفسخ من العجز عن الوطء.

وقالوا: أنها لو اختارت المقام معه، ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك، حتى لو تزوجته عالمة باعساره أو شرط عليها أن لا ينفق ثم عَنَّ لها الفسخ ملكته أيضاً، لأن النفقة يتجدد وجوبها للزوجة على زوجها كل يوم، فيتجدد لها حق الفسخ، ولا يصح اسقاطها حقها فيما لم يجب لها.

وقالوا أنها إذا اعتادت الطيِّب والناعم، فعجز عنها فلها الفسخ، وكذلك إذا اعسر بالسكنى، لانها لا بد منها. والمقصود أجرة السكن.

ويلاحظ: أن القائلين بالجواز، بنوا قولهم هذا على الضرر الواقع على الزوجة، نتيجة عدم الانفاق، ورفع الضرر واجب شرعاً، فجاز التفريق لذلك، اضافة إلى أدلة أخرى من الكتاب والسنة أوجزها فيما يلي: ـ

١ ـ من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: ٢٣١].

ووجه الاستدلال بهذه الاية: أن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] نهي عن إمساك الزوجة على وجه الاضرار بها، وفي امساكها مع الامتناع عن اعطائها نفقتها، اضرار واعتداء عليها. وعلى القاضي رفع هذا العدوان والاضرار بالتفريق متى طلبت الزوجة ذلك[1].

ولا يقال أن الاعسار لا يد للانسان فيه، فلا يكون ظلماً ولا منافياً للامساك بالمعروف، لأن العُنَّة أيضاً لا يد للانسان فيها ولا اختيار، ومع ذلك يقول المانعون بجواز التفريق للعُنَّة.

٢ ـ أما من السنة: فقد استدلوا بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إن أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد

(١) فتح الباري: ٥٠١/٩، الجامع لاحكام القرآن: ١٥٥/٤، تفسير المنار: ٤١٠/٢.

السفلى وابدأ بمن تعول». قال أبو هريرة: تقول امرأتك اطعمني، وإلا طلقني ويقول خادمك: اطعمني والا فبعني، ويقول ولدك: إلى من تكلني؟ قالوا يا أبا هريرة هذا شيء تقوله من رأيك، أو من قول رسول الله ﷺ قال: لا بل هذا من كيسي[1].

ووجه الاستدلال بالحديث انه جعل للمرأة طلب الفراق عند الامتناع عن الانفاق، وذلك بقوله: تقول امرأتك: اطعمني وإلا طلقني، فحق طلب التفريق لعدم الانفاق ثابت للمرأة بالنص المذكور.

٣ ـ أما القياس على العُنَّة فقد قالوا فيه[2]: إن الزوج إذا عجز عن الوصول إلى زوجته بسبب العُنَّة، فرّق القاضي بينهما لتصل الزوجة إلى حقها عن طريق غيره، فكذلك إذا عجز عن النفقة وجب التفريق، لتصل الزوجة إلى حقها في النفقة عن طريق غيره بل إن العجز بالنفقة أولى، لأن حاجتها إلى النفقة أظهر من حاجتها إلى قضاء الشهوة.

هذا مجمل لأدلة كل من الفريقين في حكم هذه المسالة.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

الذي أراه: أن النصوص الشرعية الواردة في هذه المسألة سواء من القرآن الكريم أو السنة، لا تشهد لأحد الفريقين، ولا يمكن الاستدلال بها على هذا الموضوع بعينه، فهي لا تتحدث عن جواز التفريق بين الزوجين لعدم الانفاق، أو عدم جواز ذلك، وإنما هي نصوص تحتمل هذا وغيره.

فقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] ، أمر بالانفاق بقدر الوسع. واعتزاله ﷺ لنسائه، وضرب ابي بكر وعمر لابنتيهما، لا دليل فيه على عدم جواز التفريق، إذ لم يرد فيه أن نساء النبي ﷺ طلبن فراقه وأبى عليهن ذلك، بل عكسه قد حصل، فقد خيَّرهن[3] ﷺ بعد ذلك فاخترنه، ولا

(١) شرح سنن البيهقي: ٧/ ٤٧١، فتح الباري: ٩/ ٥٠٠.

(٢) سبل السلام: ٣/ ٢٢٤، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/ ٥٢، كفاية الأخيار: ٢/ ٩٢.

(٣) كفاية الطالب اللبيب: ٢/ ٢٣١، زاد المعاد في هدي خير العباد: ٤/ ٨٣ .

يعقل أن يُقَصِّر الرسول ﷺ فيما يجب عليه من النفقة، وهو يملك ذلك.

وكذلك موضوع تكليفه فوق طاقته غير وارد، بل يقال له طلقها لتستريح من نفقتها، وأيضاً فإن عدم جواز طلب المرأة من زوجها ما لا يملكه ولا يقدر عليه، المستفاد من ضرب الصاحبين أبي بكر وعمر لبنتيهما، فهو ليس في محل النزاع في ذلك، ولكن يقال: هل للمرأة أن تطلب التفريق عند العجز عن ذلك، وهذا يملكه الزوج؟

أما استدلال المجيزين بقوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، فهو نص عام في تحريم أمساك النساء بقصد الإضرار بهن، وإن كان وارداً في الرجعة، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

والنهي عن الضرر والإضرار، هو أقوى الأدلة على جواز هذا النوع من التفريق.

وأرى ترجيح مذهب القائلين بجواز التفريق لعدم الانفاق للأسباب التالية:

١ ـ أن القول بجواز التفريق، تؤيده قواعد الشريعة ونصوصها العامة الواردة بوجوب رفع الضرر ودفع الحرج، لأن امساك المرأة بدون طعام ولا شراب ولا مأوى اضرار كبير بها، وبالانسان بشكل عام، إذ لا يستطيع الانسان أن يصبر طويلاً بدون ذلك.

٢ ـ أنه يوافق مقاصد الشريعة في حفظ النفس، لأنها لا تحفظ من الهلاك إلا بالنفقة، والإمساك بدون ذلك، هدر لهذا المقصد الضروري من مقاصد الشريعة.

٣ ـ المرأة لا تملك رفع الضرر عن نفسها بالطلاق، كما يملكه الرجل، فمن العدل أن تمكّن من ذلك عند وجود سبب موجب يثبت أمام القضاء، والقول بأنها امرأة ابتليت فلتصبر، ليس واقعياً، لأن الصبر مركب صعب، قد لا يطيقه الكثيرون، فيؤدي إلى مفاسد أكبر من التفريق.

٤ ـ قاعدة مراعاة أخف الضررين أيضاً تؤيد قول المجيزين، لأن الضرر الواقع على الزوج بالتفريق أقل بكثير من الضرر الواقع على الزوجة بالصبر عن الطعام والشراب والمأوى، أولا يمكنها أن تصبرعلى ذلك سوى بضعة أيام ثم

تهلك، وهلاك النفس أشد ضرراً من حياة بلا زوجة، لأن الأول اهدار للحياة وتفريط بها، والثاني حياة بشقاء، ولكنها حياة، وليست موتاً كالأولى.

٥ ـ ما استدل به المانعون من قياس النفقة على الدين في غاية البعد عن جوهر المسألة، اذ هو قياس ما تقوم الحياة بدونه، على ما لا يمكن أن تقوم بدونه حياة انسان، فالدين يكون زائداً عن حاجة الدائن في معظم الأحيان، والا كيف يمكن أن يقرض غيره؟ أما النفقة فهي الطعام والمأوى، وهي من الضروريات، فلا تشبه الزائدة.

٦ ـ إن القائلين بجواز التفريق لعدم الانفاق، اشترطوا شروطاً تحقق مصلحة الطرفين بقدر الامكان، وتحفظ حق الزوج والزوجة معاً، بما يرفع الضرر عن الزوجة، ويقلل من ضرر التفريق، ومن ذلك أن الزوجة إذا شاءت أن تصبر فلا قائل بالتفريق، بل هي مخيَّرة بين طلب التفريق والصبر على الابتلاء، وهي مأجورة على الصبر ان استطاعته، ومنه عدم وجود المال الذي يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، فإذا وجد المال للزوج باعه الحاكم جبراً عليه ولا تفريق، لامكانية رفع الضرر عن الزوجة عن غير طريق التفريق.

اضافة إلى ذلك فإن من القائلين بجواز التفريق، كالمالكية مثلاً، يرون انه يقع طلاقاً رجعياً، فإذا أيسر الزوج خلال العدة كان له أن يُرجع زوجته، وبذلك يرفع الضرر عن نفسه بمنع التفريق، وعن زوجته بحصولها على النفقة، ويمكنه استدراك ذلك أثناء العدة. بخلاف من قال منهم أنه فسخ لا طلاق، فلا يملك الرجعة، لأن الفسخ يزيل العقد.

كما أن الفقهاء في حالة التفريق للاعسار عن دفع النفقة، يشترطون الاعسار عن نفقة الضرورة بأدنى صورها، والتي يمكن معها الابقاء على حياة الزوجة، فإذا كان الزوج مالكاً لما يحفظ حياتها ولو يوماً بيوم، فلا تفريق وإنما عجزه عن مثل هذه النفقة الضرورية، والتي هي نفقة المعسر، هو الموجب للتفريق.

ومن ذلك أيضاً أنهم يشترطون على الحاكم أن يضرب للزوج أجلاً، ويعطيه مهلةً قبل الحكم بالتفريق، ليتدبر أمره. وفي هذه احتياط للحياة الزوجية ولمصلحة الزوج، فإذا كان راغباً فعلاً بزوجته، سارع خلال المهلة لتأمين الانفاق عليها، وإلا فإن امتناعه عن ذلك وعدم التزامه بنفقة زوجته، يكون قرينة على الاضرار

بالزوجة، وعدم الرغبة في استمرار الحياة الزوجية معها.

ولم أر من الفقهاء القائلين بجواز التفريق للاعسار بالنفقة، من اشترط اعسار الزوجة أيضاً، لأنهم نظروا إلى أن النفقة حق للزوجة، ولو كانت غنية[1]. وهذا حق في حالة يسار الزوج ومقدرته على الانفاق، أما في حالة اعساره ويسار الزوجة، فإن طلبها التفريق من زوج معسر لسبب لا تحتاج إليه وهو النفقة، قرينة على عدم رغبتها بالزوج وذريعة للخلاص منه، فأرى أن السياسة الشرعية لا تمنع من اشتراط اعسار الزوجة أيضاً سداً للذريعة، ومنعاً من التوصل بما هو حق إلى ما هو محظور شرعاً، وهو هدم الحياة الزوجية لغير حاجة أو مبرر حقيقي، فهذه الشروط تضيّق من دائرة وقوع التفريق لعدم الانفاق، وتجعله قليل الحصول في الظروف العادية، وتحفظ التوازن بين حق الزوجة ورفع الضرر عنها والابقاء على حياتها، وبين حق الزوج في ماله وأهله.

ومما يؤكد ترجيح قول المجيزين للتفريق لعدم الانفاق، ما روي من قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الزام الغائب عن زوجته بالانفاق أو الطلاق.

وذلك حينما توسعت الدولة الاسلامية في عهده، وتعددت جبهات القتال خارج الجزيرة العربية، واقتضت الظروف بناء المدن والثغور، واحتاج الجند إلى المرابطة فيها لفترات طويلة، وهذا لم يكن يحدث زمن رسول الله ﷺ، ولا زمن أبي بكر، وقد ترتب على استمرار الجهاد والمرابطة من قبل الجيوش لحماية الأرض المفتوحة، أن تأخر الجند عن زوجاتهم في المدينة زمن عمر، وربما قصروا في الانفاق عليهن، فرأى عمر رضي الله عنه أن الأمر الجديد بحاجة إلى معالجة ووضع حل مناسب، خوفاً من فساد نساء الجند أو الاضرار بهن، فعرف أسماء الأزواج الغائبين عن نسائهم، فترة طويلة وكتب إلى أمراء الجند أن يعرضوا على هؤلاء الغائبين، أن يرجعوا إلى نسائهم أو يبعثوا إليهن بنفقة كافية، أو يطلقوهن ويرسلوا إليهن نفقة ما مضى[2].

إن هذا الاجتهاد من عمر بن الخطاب رضي الله عنه، يدل على أنه يجب

---

(١) المحلّى: ٨٨/١٠.

(٢) سبل السلام: ٢٢٦/٣.

على الأزواج أحد الأمرين: **الانفاق أو الطلاق.**

وصحيح انه لم يحكم بالتفريق، بل اكتفى باصدار أمره بذلك إلى أمراء الجيوش، ليقوم الأزواج بإيقاع الطلاق من أنفسهم، إلا أن هذا لا يدل على أن التفريق من الحاكم غير جائز، اذ لو أن الزوج الغائب رفض الطلاق فسوف يكرهه الحاكم على ذلك، بدليل ما جاء في نص قضاء عمر من انه (كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا)[1]، ومعنى يأخذوهم: أي يحملوهم على ذلك بما لهم من ولاية عليهم، فلا بد من حصول أحد الأمرين: الانفاق أو الطلاق.

وهذا القضاء من عمر حظي بموافقة الصحابة رضي الله عنهم، وأخذ به جمهور العلماء، وفي بيان الرأي الراجح، قال صاحب زاد المعاد (وإذا تأملت أصول الشريعة وقواعدها وما اشتملت عليه من المصالح ودرء المفاسد، ودفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعلاهما، تبين لك القول الراجح ومنه كما يرى ابن القيم: (إذا كان الزوج ذا مال وترك الانفاق على امرأته ولم تقدر على اخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ)[2].

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

من الثابت انه لم يرد نص من الكتاب أو السنة، يقول: إن الزوج إذا لم يقم بالانفاق على زوجته يتعين على الحاكم أن يفرق بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك، أو ان الامتناع أو الاعسار عن نفقة الزوجة، وكذلك الغياب وتركها بدون نفقة موجب للتفريق بين الزوجين.

وإن النصوص التي استدل بها الفريقان، نصوص عامة تشمل الضرر الواقع على الزوجة بعدم الانفاق عليها، كما تشمل غير ذلك من أنواع الضرر الكثيرة، فلا يقال أنه قد ورد نص خاص في المسألة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد: ١٩٠ ـ ١٩١.

وكذلك لا إجماع على حكمها، **لما عُرف من اختلاف الصحابة في ذلك،** فريق منهم قالوا بالجواز، واخرون قالوا بالمنع، فلا اجماع.

أما القياس فهو أيضاً غير موجود سواء بالنسبة للقائلين بالجواز أو القائلين بالمنع، لأن المانعين قاسوه على الدين، وقد اتَّضح البون الشاسع والفرق الكبير، بين دين زائد عن الحاجة غالباً، وبين نفقة لا تقوم الأبدان إلا بها، وقياس المجيزين على العُنَّة بجامع الضرر في كل، ليس قياساً على أمر ثابت بالنص أو الاجماع، وإنما على أمر مجتهد فيه يقول به الخصم، فقد ثبت ان التفريق للعُنَّة عند القائلين به لم يرد بشأنه نص خاص، ولا اجمع عليه الصحابة، فلا يكون قياساً بالمعنى الأصولي، الذي هو الحاق فرع بأصل لاشتراكهما في العلة، والذي من شأنه أن يكون حجة ملزمة في الدين، ولكنه قياس على أمر مُسَلَّم لدى الخصم، لالزامه بما يشبهه.

وعليه فإن حكم هذه المسألة حكم اجتهادي، وبذلك يكون داخلاً في أحكام السياسة الشرعية، ومما لا شك فه أن الزام الزوج الغائب عن زوجته، أو الممتنع، أو المعسر بنفقتها، بالانفاق عليها أو طلاقها، فيه رفع للضرر الواقع فعلاً على الزوجة، ودرءٌ للمفسدة المتوقعة من بقائها على عصمة زوج لا ينفق عليها، لأن النفقة من الأمور الضرورية للحياة البشرية، ولا يقوم البدن بدونها عادة، والمرأة محبوسة عن الاشتغال بمصالح نفسها، متفرغة للاشتغال بمصالح الزوج، فهو ملزم بنفقتها مقابل هذا الاحتباس، كما أنها محبوسة عن الزواج بغيره حتى يطلقها، وهي لا تملك الطلاق لترفع الضرر عن نفسها تخلصاً من مهلكة الجوع، وأمام هذا الواقع لا بد أن تتدخل مناهج الاستنباط والخطط التشريعية لوضع حل يوافق مقاصد الشريعة، ويحقق المصلحة والعدل.

فالشريعة تقول إن الزوج مكلف بالانفاق على زوجته، والنفقة من ضروريات حفظ النفس، وعدم الانفاق ضرر بل مهلكة، والضرر يزال، فكيف يمكن أن يزال هذا الضرر؟ إذا وجد للغائب أو الممتنع أو المعسر مال من غير جنس النفقة، فيجب على الحاكم أن يبيعه ويعطي ثمنه للزوجة، لتنفق على نفسها منه، وتدفع عنها خطر الموت جوعاً، وبذلك تبقى الزوجية بينهما قائمة، ولا ضرر على الزوج في ذلك، لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال. وإذا لم يوجد

مال ظاهر، وعلم الحاكم أن الزوج يخفي مالاً، وهو يقصد بامتناعه عن الانفاق مجرد ايذاء الزوجة، والإضرار بها، فله أن يحبسه أو يخوفه ليظهر ماله، فإذا أظهره وأعطاه للزوجة فلا تفريق أيضاً.

وإذا رضيت الزوجة باعساره واختارت المقام مع زوجها فلا قائل من العلماء بالتفريق، لأنه محض حقها ولها أن تسقطه بإرادتها.

أما إذا لم يتحقق شيء من ذلك، فلم يعثر له على أي مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، ولم توجد أية وسيلة لرفع الضرر عن الزوجة، ورفعت أمرها إلى الحاكم تطلب التفريق ليتولى الانفاق عليها زوج غيره، فقد تعين عندئذ التفريق، لانه الوسيلة الوحيدة لرفع الضرر الواجب رفعه شرعاً هذا من حيث الضرر الواقع فعلاً على الزوجة، فان رفعه من السياسة الشرعية ومستندها المصلحة برفع الضرر. أما الضرر المتوقع نتيجة ترك الزوجة بلا انفاق، فهو الهلاك جوعاً، أو الانحراف بحثاً عمّا يسد الرمق، وكلاهما مآل ممنوع شرعاً، فتُسَدُّ الذريعة اليه. وسد الذريعة من أصول السياسة الشرعية، ومن مستنداتها المعتبرة.

كما أن مقاصد الشريعة في حفظ النفس، واعتبار ذلك من الضروري لقيام البدن، يشهد لصحة فقه السياسة الشرعية في هذه المسألة.



الفصل الخامس

في المواريث

المبحث الأول

توريث المطلقة بائناً في مرض الموت[1]

المطلب الأول: تعريف مرض الموت وصورة المسألة:

المقصود بمرض الموت: أن يعجز الانسان المريض عن القيام بحوائجه خارج البيت، كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد، وعجز السوقي عن الاتيان الى دكانه، أما من يذهب ويجيء ويحمّ، فلا يعتبر مرضه مرض موت، وهذا في حق الرجل. أما بالنسبة للمرأة فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت، كالطبخ ونحوه، مرض موت[2]، وكل ذلك بشرط أن يستمر في حدود السنة، ويعقبه موت. سواء كان ملازماً لفراشه أو لم يكن[3].

ويدخل في حكم المريض مرض الموت، كل شخص يغلب على حاله الهلاك مثل:

١ ـ المسجون المقرر قتله قصاصاً، إذا أخرج لساحة الاعدام لتنفيذ القصاص، لا قبل ذلك.

---

(١) ذكرت هذه المسألة في باب المواريث وليس في باب الطلاق لأن البحث في ميراثها وليس في وقوع طلاقها أو عدمه واتباعاً لما سار عليه ابن فرحون في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ٢/١٥٧.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٤/٤٦، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٥٢٠.

(٣) المادة ١٥٩٥ من المجلة.

٢ ـ الشخص الذي يتبارز مع شخص آخر.

٣ ـ الشخص الذي تتحطم فيه السفينة، ويغرق بعض أصحابه، ويبقى على خشبته بعد غرق السفينة.

٤ ـ الشخص الذي يفترسه السبع ويكون في فم السبع.

الى غير ذلك من الصور التي ذكرها الفقهاء[1] . وهي تأخذ حكم مرض الموت ولو لم يكن صاحبها مريضاً، لأنها حالات تدل على هلاك صاحبها غالباً.

لذلك يعتبر الانسان مريضاً مرض الموت **إذا توفرت فيه ثلاثة شروط:**

١ ـ أن يكون في حال يكون فيه خوف الموت هو الأكثر والغالب.

٢ ـ أن لا يكون قادراً على رؤية مصالحه وأشغاله المعتادة، سواء داخل البيت كالمرأة، أو خارجه كالرجل.

٣ ـ أن يستمر المرض ويلحقه الموت قبل مرور سنة[2] .

فمن كانت هذه حالته من المرض المتصل بالموت، أو من كان في حكمه بحيث يترقب الموت، إذا طلّق زوجته وهو على هذه الحالة طلاقاً بائناً لا رجعياً. ثم مات الزوج وهي في العدة، فهل ترث منه هذه الزوجة المطلقة أم لا ترث؟ وهل لهذه القرينة من اشرافه على الموت، علاقة بقصده حرمان زوجته من الميراث؟

هذه صورة المسألة عند الفقهاء وهي تعرف بطلاق الفرار، أو طلاق الفار أي: الهارب. وسميت بذلك لأنه يقصد الفرار من ميراثها، والتهرب من كتاب الله تعالى وحكمه[3] .

وقد تكون الزوجة هي الفارّة إذا حدثت الفرقة من جهتها وهي مريضة مرض الموت ونحوه، مما يغلب فيه الهلاك، كأن يكون لها خيار الفسخ فتختار

---

(١) مغني المحتاج: ٣/٥٢، المغني: ٦/٣٩٥، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٥٢٠.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٤/١١٨.

(٣) المحلى: ١٠/٢١٩.

وهي على هذه الحالة، أو ترتكب مع أحد أصوله أو فروعه في مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ترتد عن الاسلام وهي في مرض الموت، ففي كل هذه الحالات وأمثالها تكون الزوجة فارّة من ميراث زوجها؛ لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها، ويكون لها الحكم نفسه بخصوص ميراث زوجها منها[1] .

وسأقصر البحث في حكم توريث المطلقة بائناً من زوجها الذي طلقها في مرض موته. والشأن في الانسان أن يكون في أشد الحاجة الى الزوجة في حالة المرض، فان طلقها فهل يدل ذلك على أنه يقصد حرمانها من الميراث، أو أن هذا القرينة وهي مرض الموت، لا اثر لها على استحقاق المطلقة بائناً للميراث من زوجها؛ لأن سبب الميراث هو الزوجية وقد انتهت بالبينونة فلا ميراث؟

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته حال صحته طلاقاً بائناً أو رجعياً، فبانت منه بانقضاء عدتها، فلا توارث بينهما[2]، لأن الزوجية سبب الميراث وحيث لا زوجية بينهما فلا أرث، والزوج في حال صحته فلا تهمة.

كما اتفقوا أيضاً على أن الزوج المريض إذا طلق زوجته، فطلاقه نافذ كالصحيح، فان مات من ذلك المرض وكان طلاقه رجعياً ورثته المطلقة ما دامت في العدة؛ لأن المطلقة رجعياً هي زوجته، ويملك ارجاعها ما دامت في العدة بدون رضاها وبدون عقد جديد، فأحكام الزوجية قائمة بينهما لوجود العدة، والزوجية سبب للميراث.

وهاتان الصورتان ليستا في محل النزاع وهما موضع اتفاق بين الفقهاء، لكنهم اختلفوا بعد ذلك في ارث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً، إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق على قولين، أحدهما: أنها ترثه، والأخر: لا ترثه.

وهذه أقوال العلماء وتعليلاتهم في المسألة:

مذهب الحنفية: أن الزوج إذا طلق زوجته بائناً في مرض موته، ومات في

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢/٢٤٨.

(٢) القوانين الفقهية: ٢٣٩ و٢٤٠، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٨٣، المغني: ٦/٣٩٥.

عـدتهـا ورثت، أما بـعد انقـضـاء العـدة فـلا ترث. وعللوا ذلك بقـولهـم: « أن الزوجـية سـبب ارثها في مـرض موته، والزوج قـصد ابطاله فـيرد علـيه قـصده، بتأخيـر عمله الى زمن انقضاء العـدة دفعاً للضرر عنهـا، وقد أمكن؛ لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار، فجـاز أن يبقى في حق ارثها منه، بخلاف ما بـعد الانقـضاء؛ لأنه لا إمكان، والزوجـية في هذه الحـالة ليست بسـبب لارثه عنها، فيبطل في حقه، خصوصاً: إذا رضي به.

أمـا لو ابانهـا بأمـرها أو اخـتلعت منه، أو اخـتـارت نفـسهـا بتـفـويضـه، لم ترث؛ لأنها رضيت بابطال حقها فلا تهمة بقصد الفرار ولا ظلم؛ لانه لا قصد، ولا ظلـم إلا عن قصد»[1] .

وقالوا أن امـرأة الفار ترث إذا مـات وهي في العدة اسـتحـساناً[2] بأن تجعل البينونة مـعدومة حكماً، كـما جعلت القـرابة الثابتة مـعدومة حكماً بالقـتل، جزاء لظلمه.

أما في مـذهب مالك: فان المطلقـة المبتـوتة في مرض الموت ترث من زوجـها مطلقاً، سـواء كانت في العدة أو لم تكن، حـتى لو تزوجت بعده، عمـلاً بمبدأ سد الذرائع؛ لأن المريض مـتهـم أنه انما طلق زوجتـه في مرض موته ليـقطع حظها من الميراث، فيعاقب بنقيض قصده[3].

وقد ذهب المالكـية الى أبعد من ذلك، فـقالوا بتـوريثها ولو كـان الطلاق بناء على طلبـها، أو بسـببهـا. جاء في جـواهر الأكليل: « وإن مات المريـض بمرضه الذي طلق فيه، ورثته زوجته التي طلقهـا في مرضه المخوف، ولو خيرها زوجها البقـاء في عصـمته أو فـراقه، فاخـتـارت في مـرضه المخوف فـراقه فـان مات منه ورثتـه، وان ماتـت قبله فـلا يرثهـا، حـتى الزوجة التـي ملكها زوجـهـا الطلاق فطلقت نفسها منه في مرضه ومات منه، فترثه »[4].

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٤/ ٦٤.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٢/٦٠٥.

(٣) بداية المجتـهد ونهاية المقـتصد: ٢/٨٣، تبصـرة الحكام في أصول الأقضـية ومناهج الأحكام: ٢/١٤١، القوانين الفقهية: ٢٣٨.

(٤) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل: ١/٣٣٣.

وهذا الاجتهاد من المالكية بناء على اكتفائهم بالمظنة، وهي مرض الموت، واقامتها مقام المئنّة. وهو كما يقول أحد العلماء المعاصرين: (نظر موضوعي، لا ينظر الى الصور في آحادها، بل في مجموعها، تطهيراً للمجتمع من الفساد)[1].

أما مذهب الشافعية: فقد اختلفت الرواية عن الشافعي رحمه الله، فيمن بتّ طلاق امرأته في المرض المخوف، واتصل به الموت، فقال في أحد القولين: أنها ترثه؛ لأنه متهم في قطع إرثها، فورثت. كالقاتل لما كان متهماً في استعجال الميراث، لم يرث.

والثاني: أنها لا ترث. وهو الصحيح؛ لأنها بينونة قبل الموت، فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة. وعلى القول الأول اختلفت الرواية أيضاً عن الشافعي في المدة التي ترث فيها:

فقيل: إن مات وهي في العدة ورثت؛ لأن حكم الزوجية باق، وإن مات وقد انقضت العدة، لم ترث؛ لأنه لم يبق حكم الزوجية[2]، وهذا القول موافق لمذهب الحنفية.

وقيل: ترث ما لم تتزوج؛ لانها إذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك.

وقيل: ترث أبداً؛ لأن توريثها للفرار، وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها. وهو كمذهب المالكية.

وفي مذهبهم: انها إن سألته الطلاق لا ترث؛ لأنه غير متهم. واستدلوا بأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء، وليس لها شيء من هذه الأسباب.

أما مذهب الحنابلة: فالمشهور عن أحمد: أنها ترثه في العدة وبعدها، ما لم تتزوج؛ لأن من طلق زوجته طلاقاً بائناً وهو في مرض الموت، يكون قد قصد قصداً فاسداً في الميراث، فعورض بنقيض قصده، كالقاتل القاصد استعجال

---

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق: ١٧١.

(٢) المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/ ٢٥، مغني المحتاج: ٣/ ٥٠، شرح روض الطالب: ٣/ ٢٨٦.

الميراث يعاقب بحرمانه.

أما دليلهم على أنها ترثه ما لم تتزوج حتى لو مضت العدة، فهو أن سبب توريثها عندهم فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة.

وقد روي عن أحمد رواية أخرى مفادها أنها لا ترث بعد العدة؛ لأن توريثها بعد العدة يفضي الى توريث أكثر من أربع نسوة، فلم يجز ذلك، كما أن التوارث من حكم النكاح، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر، ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها، فاشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها[1].

وقيل أن أصح الروايتين عن أحمد: أن الزوج إذا كان متهماً في طلاقها بائناً بقصد حرمانها من الميراث ترثه ما دامت في العدة، أما إذا لم يكن متهماً فيه بان سألته الطلاق فهو كطلاق الصحيح[2].

وفي مذهب ابن حزم: (ان طلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق، مات من ذلك المرض أو لم يمت؛ لأنه قد يبرأ من مرضه، وقد يموت الصحيح قبل ذلك المريض، وهي ليست وارثه منه قبل موته، فلا يقال أنه فار من ميراثها، وقال: إن هذا أكل المال بالباطل بلا شك؛ لأنه توريث مَن ليست زوجة بل هي أجنبية لم يجعل الله تعالى قط لها ميراثاً، وكيف ترث بسبب الزوجية وهو إن وطئها رجم، ويحل لها الزواج بغيره، بل وقد تكون زوجة لغيره. فهذا كله خلاف كتاب الله تعالى)[3].

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

يتضح من استعراض أقوال الفقهاء في المسألة، أن جمهور العلماء من الحنفية والمالكية واحدى الروايتين عند الشافعية والمشهور من مذهب الحنابلة: أنها ترثه إن طلقها بائناً ومات أثناء العدة، على خلاف بينهم في استحقاقها لميراثه ان مات أثناء قيام عدتها، أو يستمر هذا الحق الى ما بعد ذلك. واختلافهم أيضاً

(١) المغني: ٦/٣٩٤.

(٢) المقنع في فقه الامام احمد: ٢/٤٥٢.

(٣) المحلى: ١٠/٢١٨.

في توريثها ان كان الطلاق بسبب منها أو بناء على طلبها، أو عدم توريثها في هذه الحالة؛ لانتفاء التهمة وعدم الاضرار والضرار، إلا أنهم جميعاً يقولون بتوريثها مناقضة لقصده ورفعاً للضرر عنها.

أما باقي الفقهاء كابن حزم والشافعي في احدى الروايتين عنه، فلم يروا توريثها ؛ لأنها ليست زوجة فبماذا تستحق الميراث؟ حتى قال ابن حزم أنه أكل لمال الزوج بالباطل.

كما يلاحظ أن جمهور العلماء القائلين بتوريثها اختلفوا في تعليل ذلك، فمنهم من بناه على المصلحة برفع الضرر عن الزوجة، ومنهم من بناه على مبدأ سد الذرائع ومآلات الأفعال، فقالوا بتوريثها منعاً لوقوع المحرم مآلاً، وهو التوصل بطلاقها الى حرمانها من الارث.

والذي اراه من استعراض أقوال الفريقين وأدلتهم أن مذهب الجمهور هو الأرجح لما يلي:

١ - قول المانعين بأنها ليست زوجة غير مسلم، فهي زوجة طلقها زوجها، والطلاق لا يلحق إلا الزوجة، والآثار الزوجية لا تزال قائمة وهي العدة، صحيح أنها ليست زوجة من كل وجه كغير المطلقة لكنها أيضاً ليست كالأجنبية من كل وجه، والقائلون بتوريثها انما نظروا الى أنها في الأصل زوجة طرأ عليها الطلاق، والخلاف في هذا الطارئ وليس في أصل الزوجية.

٢ - أما قولهم أنه قد يموت الصحيح قبل المريض، وقد يبرأ المريض فليس هذا في محل النزاع؛ لأن القائلين بتوريثها يشترطون أن يستمر المرض وينتهي بالموت قبل موت الزوجة، فاذا لم يتحقق ذلك فلا يعتبر مرض موت يوجب تهمة الفرار أو قصد الاضرار.

٣ - والاغرب من هذا قولهم انه أكل لمال الزوج بالباطل؛ لأنها أجنبية وليست زوجة، وقد اتضح أنها ليست أجنبية من كل وجه بل هي زوجة وقع عليها الطلاق البائن، ولا تزال في عدته، وهي أثر من آثار الزوجية الصحيحة، ولها عليه النفقة والسكنى، وهذه لا تجب لو لم تكن زوجة، فاذا أخذت منه نفقة العدة في هذه الحالة فهل يقال أنها أكلت ماله بالباطل؟؟

٤ ـ ومما يؤكد مذهب الجمهور ويؤيده أنه مروي عن خمسة من كبار الصحابة هم: عمر وعثمان وعلي وعائشة وأبي بن كعب رضي الله عنهم أجمعين، ومن ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (وإذا طلق امرأته ثلاثاً ورثته ما دامت في العدة)[1]، كما روي عن عثمان رضي الله عنه (أن زيداً طلق امرأته وبه فالج فعاش سنتين ثم مات فورّثها منه)[2].

٥ ـ إلا أنني اخالف الفقهاء الذين قالوا بتوريثها بعد العدة، حتى لو تزوجت، أو الذين قالوا: ما لم تتزوج؛ لأنها في حالة زواجها من غيره تصبح وارثة من زوج آخر فتوريثها بعد العدة يفضي الى توريث أكثر من أربع نسوة[3]، كأن يكون قد تزوج رابعة بعد طلاقها. وهذا غير معهود في الشرع، كما أن التوارث من أحكام النكاح، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة. وفي حالة عدم زواجها بعد انقضاء العدة فانها لا ترث أيضاً؛لعدم تحقق شرط مرض الموت وهو وفاته أثناء عدتها، ليكون الطلاق قرينة على الفرار من ميراثها ولا عبرة بقولهم: (ان سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة)[4] ؛ لأن هذا السبب لا يتحقق الا بتحقق شروطه وهي أن يموت صاحب الفراش قبل انقضاء العدة، فاذا مات بعد ذلك لا يكون فاراً من الميراث؛ لأن قصده الفرار من ميراثها عُرف بالقرائن، وهي طلاقها في مرض موته الذي مات فيه مع بقاء العدة، وموته في مدة عدتها دليل على قرب العهد بين طلاقه لها ووفاته عنها وهذا القرب من قرائن الأحوال التي تدل على قصد الفرار من الميراث، وليس مجرد الطلاق أو مجرد المرض.

٦ ـ كما انني اخالف الفقهاء الذين قالوا بتوريثها ولو كان الطلاق بطلبها، لأن قصد الاضرار في هذه الحالة ينتفي بالتصريح بنقيضه فلا يبقى أثر للقرائن وأعمال المظنة، مع هذا التصريح بطلب الطلاق منها. فكيف يكون قاصداً الاضرار بها وهو يحقق لها رغبتها وينفذ لها أمرها، وهي حين تطلب الطلاق تكون متسببة في ايقاعه مختارة له، كما لو كان فسخ النكاح من قبلها أو بناء على طلبها، فلا يتحقق معنى الفرار ولا قصد الاضرار في هذه الحالة، ولا يقال

(١) المغني: ٦/ ٣٩٤.

(٢) المحلّى: ١٠/٢٢٨.

(٣) المغني: ٦/ ٣٩٥.

(٤) المغني: ٦/ ٣٩٥.

انه نظر موضوعي يهدف الى تطهير المجتمع من الفساد؛لان طلاق الزوجة بناء على طلبها وتحقيقاً لاختيارها ليس فساداً بل هو تضحية من الزوج وتسريح باحسان، ولا يتحقق فيه قصد الاضرار الذي هو علة توريث المطلقة في مرض الموت، ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

ورد النص من الشارع باعتبار الزوجية سبباً من أسباب الميراث، وذلك في قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢]، فاذا طلقت الزوجة وانقضت عدتها انقطع هذا السبب وانتفى التوارث بينهما، اما لو كانت الزوجة في العدة وتوفي عنها زوجها وكان الطلاق رجعياً فإن التوارث بينهما، يكون قائماًلأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال، وانما تبقى آثاره موجودة بوجود العدة.

هذا القدر لا مجال للسياسة الشرعية فيه لورود النص. أما لو طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً وهو في مرض الموت ثم توفى أثناء العدة، فهذه الحالة لم يرد فيها نص خاص من كتاب الله أو من سنة رسول الله ﷺ ولا يوجد عليها اجماع بل خالف في ميراثها (عبد الله بن الزبير وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف)[1]، وقد قيل أن المسألة مجمع عليها، بدليل أن عثمان رضي الله عنه ورّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرضه فبتّها، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً[2]. إلا أن دعوى الاجماع هذه غير مسلمة لخلاف عبد الله بن الزبير وغيره من الصحابة في توريثها فلا ينعقد اجماع مع هذه المخالفة، فتكون المسألة

---

(١) المغني: ٦/ ٣٩٥.

(٢) المرجع السابق .

داخلة في نطاق السياسة الشرعية والاجتهاد فيما لا نص فيه.

وهذا ما يظهر من تعليلات الفقهاء القائلين بتوريثها حيث قال بعضهم: أنها ترث استحساناً للمصلحة في رفع الضرر عنها برد قصده السيء ومعاملته بنقيضه. بينما قال آخرون أنها ترث سداً للذريعة في حرمانها من الميراث، واستدل بها العلماء المعاصرون على نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وقالوا: (ان الطلاق لم يشرع للزوج وسيلة الى الاضرار بزوجته وحرمانها من حقها في الارث، فاذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده، محافظة على حقها ودفعاً للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد)[1].

وحيث ثبت أن المسألة لم يرد فيها نص خاص من كتاب أو سنة أو اجماع وقد اختلف فيها الصحابة رضوان الله عليهم والفقهاء من بعدهم، فيكون للسياسة الشرعية فيها مدخل. وهذا ما فعله عثمان بن عفان رضي الله عنه عندما كان خليفة للمسلمين، فحكم بتوريث زوجة عبد الرحمن بن عوف منه، بعد أن طلقها في مرض موته، لا اعتماداً على نص سابق، وانما محض اجتهاد ونظر في أمر من الأمور الشرعية أوكله الشارع لخليفة المسلمين، ليصدر فيه حكمه وأمره الذي يجب على الرعية تنفيذه.

ولكن هذا الحكم ليس مبنياً على الهوى أو مجرد رأي ارتآه بلا دليل، وانما هو حكم سياسي تشهد له المصلحة، ومبدأ سد الذرائع، وتؤيده القرائن، وبيان ذلك:

ان الشارع الحكيم أعطى الزوج حق طلاق زوجته، ولكنه في الوقت نفسه حرّم الاضرار ومنع الظلم، فاذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرض الموت طلاقاً بائناً لا رجعياً وهو يعلم أن الرجعية ترث من زوجها، أما البائنة فلا ترث، ومع ذلك يختار ايقاع الطلاق البائن، فان هذا الاختيار من الزوج المطلق قرينة تدل على قصده الاضرار بالزوجة، ومنعها من حق كتبه الله تعالى لها، لو لم يقع عليها الطلاق، وإلا فما معنى أن يكون الزوج المريض في أشد الحاجة لشريكة حياته في هذه اللحظات الخطيرة من أيام الحياة، أو ربما الاخيرة فيها،

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق: ١٧٢.

ثم يختار ايقاع الطلاق البائن عليها، وقد جعل الله له مخرجاً في الطلاق الرجعي، إن قصد مجرد الخلاص منها أو نحو ذلك. فلما ظهر بهذه القرائن - من مرض الموت، واشرافه على الهلاك، واختياره لنوع الطلاق الذي يحرمها من الميراث - قصده المخالف لحكمة الشارع وأمره العام في تحريم الظلم ومنع الضرر، كان من المصلحة رد قصده عليه ومعاملته بنقيضه جلباً للمنفعة بحق المطلقة ودرءاً للمفسدة عنها بتركها ضائعة من غير ميراث، وربما تكون أفنت عمرها في خدمته وخدمة أولاده، فلا تستحق هذا الجزاء الظالم، وليس في توريثها ما يخالف أحكام الشرع من حيث وقوع الطلاق، فقد اتفق الفقهاء القائلون بتوريثها على وقوع طلاقه وصحته، ولكنهم أبطلوا قصده حرمانها من الميراث، وقالوا بتوريثها رغم وقوع الطلاق البائن، ما دامت في العدة تحقيقاً للمصلحة المذكورة.

وقريب من هذا رأي الفقهاء الذين عللوا، توريثها بسد الذرائع، واعتبار مآلات الافعال، فان الطلاق في مرض الموت وان كان مشروعاً إلا أنه يؤدي الى مآل يناقض مقصد الشارع، وهو حرمان المستحق من حقه بوسيلة لم تشرع لمثل هذه الغاية؛ لأن الطلاق لم يشرع ليتوصل به الزوج الى حرمان زوجته من الميراث، ومنعها من حق أوجبه الله تعالى لها، فاذا فعل ذلك حكم عليه بتوريثها مناقضة لقصده، وسداً لذريعة هذا الفساد، وهو حرمان صاحب الحق من الوصول الى حقه، واعتباراً لمآلات الافعال التي تؤثر على الحكم صحة وفساداً، وتتدخل في تشكيله ليوافق مقصد الشارع.

وسواء كان الحكم بتوريث المطلقة البائنة للمصلحة أو سداً للذريعة، فلا شك أن الذي دل على ذلك وأشهره إنما هي قرائن الأحوال، فالمطلق لم يتلفظ بقصده ولا اظهر مبتغاه صراحة، وانما قامت القرينة وهي إقدامه على الطلاق البائن وهو مشرف على الهلاك مقام ذلك؛ لأن المقام مقام بر واحسان، لا مقام اساءة ونكران، وقد ثبت ان اعتبار القرائن والحكم بموجبها، من مستندات السياسة الشرعية ومن أصولها القوية فيكون الحكم في هذه المسألة من أحكام السياسة الشرعية وتطبيقاتها.

إلا أنني أرى الوقوف عند توريث المطلقة بائناً اذا توفى عنها زوجها المريض

وهي في العدة، وعدم التوسع في هذا الحكم أكثر من ذلك، وأرى أن قول من ذهب الى توريثها ما لم تتزوج مهما امتدت المدة بعد الطلاق من السياسة غير الشرعية، لعدم تحقق شروطها في هذه الحالة، وهي وجود القرينة الدالة على قصده الاضرار، إذ ليس من المعقول أن يطلق المريض زوجته طلاقاً بائناً، ثم يستمر على مرضه واصراره على طلاقها سنوات طويلة، قبل أن يتوفى وتنقطع كل وشائج الزوجية بينهما، ثم تأتي بعد وفاته لتطالب بميراثه، وقد كان يملك ارجاعها بعقد جديد لو أراد أو لو كان قاصداً من طلاقه الاضرار بها، إذ قد طالت أيام مرضه وبَعُد العهد بطلاقها، فلا قرينة على قصد الاضرار، ثم أنني أرى أن في الحكم بتوريثها في هذه الحالة مخالفة للنص الشرعي، الذي لم يجعل الميراث إلا لسبب ومنه الزوجية وهذه ليست زوجة من أي وجه، فبماذا تستحق الميراث؟ بخلاف ما لو مات عنها وهي لا تزال في العدة، فان العدة من آثار الزوجية، والقرينة قائمة فيمكن القول بتوريثها على هذا الأساس.

وأبعد من ذلك عن الصواب - في نظري - ومن السياسة غير الشرعية، قول من قال بتوريثها ولو بعد انقضاء العدة وكان الطلاق بسبب منها أو بطلبها واختيارها، فأين قصد الاضرار في هذه الحالة؟ وقد جاء التصريح منها بقصد الاضرار به، إذ أنه ليس من المقبول أن تطلب الزوجة الطلاق من زوجها وهو يعاني في مرض موته، وحاجته الى وقوفها بجانبه لا تخفى على ذي لب، وان مجرد أن تطلب منه الطلاق وهو على هذه الحالة اضرار منها ما بعده اضرار، وهو ليس ظالماً في اجابة طلبها وتلبية رغبتها، حتى يقال أن الشريعة تحرم الظلم وتمنعه، بل الظلم أن تظفر بالطلاق وبالميراث معاً، والسياسة العادلة توجب عدم توريثها رفعاً للظلم عن الزوج، الذي أجاب طلبها التسريح باحسان تنفيذاً لأمر الشارع.

وكذلك فانني أرى أنه ليس من السياسة العادلة ما يقوله بعض الفقهاء، من أن المطلقة بائناً ترث من مطلقها المريض ولو تزوجت بغيره؛ لأن هذا يؤدي الى مآل ممنوع شرعاً، وهو توريث أكثر من أربع زوجات لزوج واحد، فقد تكون رابعة فيطلقها في مرض الموت، ثم يتزوج بغيرها بعد انقضاء عدتها، فاذا قيل بتوريثها منه بعد العدة ولو تزوجت من غيره فانها سترث منه بالاشتراك مع زوجاته الأربع، فيكون ثمن التركة أو ربعها هو نصيب الزوجة موزعاً على

خمسة أسهم، وهذا غير معهود في الشرع وليس بجائز أيضاً، اضافة الى ما فيه من ظلم الورثة من الزوجات، حيث لا يجوز أن يقل نصيب أحداهن من تركة الزوج عن ربع الثمن في أي حال من الأحوال.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى: فانه لو قيل بتوريثها من مطلقها بائناً في مثل هذه الحالة فانها ستكون وارثة لزوجين في آن واحد، أحدهما: الذي طلقها بائناً ومات عنها في مرض موته بعد انقضاء عدتها وقد تزوجت بغيره، والثاني: هو هذا الزوج الذي تزوجته بعد طلاقها لو مات عنها (والوارثة من زوج لا ترث زوجاً سواه)[1]، في وقت واحد؛ لان المرأة لا تكون في عصمة زوجين معاً.

من هنا أرى ان الاقتصار على مذهب الجمهور في هذه المسألة، هو السياسة الشرعية العادلة التي تضع الحق في نصابه، وتشهد لها المصلحة، ومبدأ سد الذرائع، والعمل بالقرائن.

---

(١) المغني: ٦/٣٩٦.

المبحث الثاني

العول

المطلب الأول معنى العول لغة واصطلاحاً

العول في اللغة: من عال يعول عولاً إذا جار ومال عن الحق، ومنه قوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] . وعال الميزان إذا ارتفع أحد طرفيه عن الآخر، وقيل: العول رفع الصوت بالبكاء، وكذلك العويل [١].

ويقال: عالت الفريضة في الحساب إذا زادت وارتفعت[٢]، ومن ذلك قولهم: اعال الرجل عولاً إذا كثرت عياله الذين تجب عليهم نفقته، وتأتي بمعنى افتقر، لأن كثرة العيال تستلزم النفقات الكثيرة فينفد ماله، فالعول له معان كثيرة في اللغة ومنها الزيادة والجور.

أما في اصطلاح الفقهاء: فمعناه (ازدحام فروض لا يتسع المال لها فيدخل النقص عليهم كلهم، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم)[٣] . وقيل (هو زيادة السهام على مخرج الفريضة)[٤].

والمعنى واحد، فإذا اجتمع عدد من أصحاب الفروض وتزاحمت سهامهم على التركة ازداد أصل المسألة، ولم تعد تفي بسهامهم، فتكون المسألة قد عالت إلى أصل جديد يترتب عليه نقصان سهام أصحاب الفروض عن المقدار الذي أوجبه لهم الشارع، حالهم في ذلك كحال أرباب الديون الذين تضيق عن ديونهم التركة، وليس بعضهم أولى من بعض في الاستحقاق فيعود النقص على الجميع بقدر حقوقهم.

ويلاحظ أن المعنى الاصطلاحي للعول، مأخوذ من الزيادة والارتفاع، لأن

(١) لسان العرب المحيط: ٢/ ٩٣٢، المعجم الوسيط: ٢/ ٦٣٧.

(٢) القاموس المحيط: ٤/ ٢٣.

(٣) المغني: ٦/ ٢٨٢.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٥٠١.

المسألة الارثية إذا ضاق مخرجها بالفروض المجتمعة، ترفع التركة إلى عدد أكثر من ذلك المخرج، ثم يقسم حتى يدخل النقصان في فرائض جميع الورثة، ويصح أن يكون مأخوذاً من الجور والميل، لأن المسألة مالت على أهلها بالجور، حيث نقصت فروضهم لتزاحم الورثة على التركة.

وأياً ما كان الأمر، فإن المقصود بالعول في اصطلاح العلماء هو أن تكون سهام أصحاب الفرائض أكثر من سهام المال، ويتضح ذلك بما سيأتي من أمثلة.

المطلب الثاني: صورة العول وأمثلته

تقسيم الفرائض على مستحقيها من حيث زيادتها على السهام أو نقصانها، لا يخلو عن احدى ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تستوي سهام أصحاب الفرائض بسهام المال، وتسمّى الفريضة حينئذ عادلة. ولها صورتان، **احداهما:** أن يكون المستحقون كلهم من أصحاب الفروض، ويكون مجموع فروضهم مساوياً للمال ومثال ذلك:

أن يتوفى شخص عن أختين شقيقتين وأختين لأم، فهؤلاء جميعاً من أصحاب الفروض. فالشقيقتان فرضهما ثلثا التركة، لأنهما تقومان مقام البنتين عند عدمهما، والاختان لأم فرضهما الثلث، لتعددهما وعدم وجود الفرع أو الأصل الوارث المذكر. والثلثان والثلث مجموع التركة كلها، فلا زيادة أو نقصان.

والصورة الثانية: أن يكون المستحقون للتركة خليطاً من أصحاب الفروض والعصبات، وأصحاب الفروض لا تستغرق فروضهم جميع التركة، فيكون جميع ما يبقى من التركة بعد ذلك للعصبات، فلا زيادة ايضاً أو نقصان، لذلك سميت العادلة.

الحالة الثانية: أن تكون سهام أصحاب الفروض أقل من جميع التركة، وليس هناك عصبة وتسمى الفريضة حينئذ، قاصرة[1] ومثالها:

أن يترك الميت اختين شقيقتين وأمًّا، فللأختين الشقيقتين ثلثا التركة، وللأم

---

(١) المبسوط: ٢٩/ ١٦٠، المجموع شرح المهذب: ١٦/ ٩٢.

سدس التركة لوجود العدد من الاخوات، فيبقى السدس، وليس معهما عاصب يأخذه، فيصبح أصل المسألة من خمسة بدلاً من ستة وحكم السدس الباقي في هذه الحالة أن يرد على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم، وهذا ما يعرف بالرد[1] وتكون المسألة قاصرة، لأن مجموع سهام أصحاب الفروض وهي هنا خمسة، نقصت عن مجموع سهام التركة وهي ستة.

وهاتان الحالتان العادلة والقاصرة، ليستا في محل البحث، لانه محصور في الحالة الثالثة، وهي العائلة. وبيانها:

الحالة الثالثة: أن تكون سهام أصحاب الفروض أكثر من جميع التركة، وذلك كان تموت امرأة وتترك زوجاً وأختين شقيقتين، فإن فرض الزوج حينئذ نصف التركة لعدم وجود الفرع الوارث للميت، وفرض الأختين الشقيقتين ثلثا التركة، لأنهما تقومان مقام البنتين عند عدمها، ومجموع النصف والثلثين أكثر من جميع المال، فلو كان أصل المسألة ومخرجها من ستة، فإن نصفها للزوج يساوي ثلاثة، وثلثاها للشقيقتين يساوي أربعة، ومجموع الأربعة والثلاثة سبعة، بينما أصل المسألة ستة، فنقول عندئذ أن المسألة قد عالت من ستة إلى سبعة، وهذا معنى العول في اصطلاح علماء الفرائض[2].

وأصول المسائل التي تعول هي ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون. فالستة تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة، ولا تعول إلى غير ذلك.

وقد ذكرت مثال العول إلى سبعة، أما الثمانية فمثالها زوج وأختان شقيقتان وأم، فللزوج ثلاثة من ستة أي النصف، وللأختين الشقيقتين الثلثان أي أربعة، وللأم السدس وهو واحد، فيكون المجموع ثمانية، بينما أصل المسألة ستة.

ومثال ما يعول إلى تسعة: أن تتوفى امرأة عن زوجها واختين شقيقتين واخوة لأم، فللزوج النصف أي ثلاثة من ستة، وللشقيقتين الثلثان أي أربعة من ستة، وللأخوة من الأم الثلث أي اثنان، فيكون المجموع تسعة.

---

(١) الرد عكس العول وهوان تنقص سهام أصحاب الفروض عن جميع التركة وليس ثمة من يستحق الباقي بقرابة أوولاء.

(٢) المبسوط: ٢٩/١٦٠، رد المحتار على الدر المختار: ٥/٥٠١، المغني: ٦/٢٨٢، مغني المحتاج: ٣/٣٢.

ومثال ما يعول إلى عشرة أن تتوفى امرأة عن زوج وأخت شقيقة وأخت لأب وأخوة لأم وأم. فللزوج النصف ثلاثة من ستة، وللأخت الشقيقة النصف أيضاً، وللاخت لأب السدس تكملة للثلثين، ومقداره واحد، وللاخوة لأم الثلث وهو اثنان من ستة. وللأم السدس، فيكون مجموع ذلك عشرة بينما أصل المسألة ستة.

وكذلك يمكن القول في الأصل الثاني، وهو اثنا عشر، فإنها تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر، ولا تعول إلى غيرها. أما الأصل الثالث وهو أربعة وعشرون، فيعول إلى سبعة وعشرين، ولا يعول إلى غيرها.

وبذلك يتضح معنى العول وأمثلته، فلا أرى ضرورة للتوسع بذكر المزيد من هذه الأمثلة، لأنها جميعاً تقوم على أساس زيادة سهام الفروض عن سهام التركة.

المطلب الثالث: أقوال الفقهاء في العول

بيّن القرآن الكريم نصيب أصحاب الفروض، وحدد لكل واحد منهم مقدار ما يستحقه من تركة مورثة، فلا يجوز أن يزاد عليها أو أن ينقص منها، لورود النص القاطع بخصوصها ، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ، وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء: ١١، ١٢]. فإذا حدث أن تزاحم الورثة من أصحاب الفروض على التركة،

ولم تعد تفي بسهامهم، كما مرَّ في أمثلة العول السابقة، فهل يعطى اصحاب الفروض فروضهم التي يستحقونها بالنص كاملة، ويحرم غيرهم من أصحاب الفروض الآخرين، وهم أصحاب حق أيضاً؟ وإذا قيل بذلك، فمن يُقدَّم منهم ومن يؤخَّر، وعلى أي اساس يكون ذلك؟ أم توزع التركة على أصحاب الفروض جميعاً، لأنهم متساوون في الاستحقاق، ولو نقص نصيب كل واحد منهم جزء معين بمقدار فرضه، فيكون الوارث منهم اسوة الورثة؟!

اختلف العلماء في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن المال يقسم بين الورثة على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص، أي أنهم يقولون بالعول: وهذا ما عليه جمهور علماء المسلمين من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وما عليه عامة الصحابة رضوان الله عليهم كعمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وقال به الثوري وأبو ثور وغيرهم.

وقد استدلوا بالقياس على الغرماء في دين التركة، وهم متساوون بالاستحقاق من التركة بالفريضة الثابتة لهم بالنص، كما يتساوى الغرماء بحقهم في الدين بحكم الحاكم، وقد عجزت التركة عن الوفاء بالدين، ولا مرجح لاحدهما على الآخر، فيقسم عليهم المال الموجود بنسبة حصصهم[1].

والقول الثاني: إن الفرائض لا تعول، ولكن يعطى اصحاب الفروض الذين قدمهم الله تعالى نصيبهم، فإذا انتهت التركة لا يعطى الذين أخرَّهم الله شيئاً، لذلك قالوا: (لو قدموا من قدَّم الله وأخرُّوا من أخَّر الله، ما عالت فريضة أبداً، ثم بينوا من قدَّمه الله ومن أخره، فقالوا: الذي اهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه الله، والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخرَّه الله)[2]، ومعنى ذلك: أن الزوجين والأم لكل واحد منهم فرض، فالزوج يأخذ النصف إذا لم يكن للمتوفاة وهي زوجته فرع وارث، فإذا وجد ينتقل إلى الربع ولا ينقص عن ذلك، والزوجة فرضها الربع إذا لم يكن لزوجها المتوفى

---

(١) المجموع شرح المهذب: ١٦/٩٢، المبسوط: ٢٩/١٦١.

(٢) المبدع في شرح المقنع: ٦/١٥٤، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٨/٢١٠، المغني: ٦/٢٨٢، المحلى: ٩/٢٦٤.

أولاد، فإذا وجدوا تأخذ الثمن ولا تنقص عن ذلك، وأما الأم فنصيبها الثلث إذا لم يوجد للمتوفى فرع وارث ولا عدد من الأخوة، فإن وجدوا انتقلت إلى السدس ولا تنقص عن ذلك، فهؤلاء الذين قدمهم الله.

وأما من أهبطهم الله من فرض إلى ما بقي، فهم البنات والأخوات، فنصيبهن الثلثان إن لم يكن معهن عاصب، فإن كان معهن اخوتهن ورثوا بالتعصيب، فكان لهم ما بقي قل أو كثر، لذلك فاصحاب هذا الاتجاه يرون أن الفروض إذا ازدحمت رجع النقص على البنات والاخوات، وبذلك لا تعول الفريضة أبداً.

وقد سميت هذه المسألة(المُبَاهَلَه)[1] لأن ابن عباس رضي الله عنه قال (من شاء باهلته إن المسائل لا تعول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً، أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً، هذان نصفان، ذهبا بالمال فأين موضع الثلث؟)[2].

وهذا المذهب مروي عن ابن عباس ومحمد بن الحنفية وعطاء وداود وابن حزم[3].

أما أصحاب الاتجاه الأول القائلون بالعول، فتجدر الإشارة إلى تعليلاتهم لعلاقتها الوثيقة بالسياسة الشرعية وعدمها وهذه تفصيلاتها:

١ ـ مذهب الحنفية: قالوا: إن أصحاب الفروض استووا في سبب الاستحقاق من التركة، وهذا يوجب المساواة في الاستحقاق، فيأخذ كل واحد منهم جميع حقه إن اتسع المحل ويضرب[4] كل واحد منهم بجميع حقه عند ضيق المحل كالغرماء في التركة. وبيان المساواة أن كل واحد منهم يستحق فريضة ثابتة له بالنص.

ومستند الحنفية في هذه المسألة هو القياس على الدائنين مع عدم كفاية مال

---

(١) المغني: ٦/٢٨٢. (والمباهلة: الملاعنة والمراد هنا جادلته وعالج بكسر اللام: اسم موضع كثير الرمل في بلاد العرب).

(٢) المغني: ٦/٢٨٢.

(٣) المحلى: ٩/٢٦٢.

(٤) اي يدخل عليه الضرر وينقص نصيبه.

المدين وكلهم صاحب حق. فيعطى اصحاب الدَّين من المال بقدر نصيبهم فيه وهذا يستلزم أن يدخل النقص على كل واحد منهم بمقدار حقه، فكذلك تزاحم أصحاب الفروض على سهام التركة، والعلة المساواة في الاستحقاق والنقص وليس أحدهم أولى من الآخر بالضرر والنقص[1].

٢ ـ وهذا ما ذهب إليه المالكية أيضاً حيث قالوا: (إذا ضاق المال عن سهام أهل الفروض، تُعال المسألة أي ترتفع سهامها، ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، لأن كل واحد يأخذ فرضه بتمامه، إذا انفرد، فإن ضاق المال وجب أن يقسموا على قدر الحقوق، كاصحاب الديون والوصايا)[2].

٣ ـ وفي مذهب الشافعية (إذا اجتمع اصحاب الفروض وضاقت سهام المال عن انصبتهم، اعيلت الفريضة التي زيد في حسابها ليدخل النقص على كل واحد منهم بقدر حقه، لأنه إذا ضاق مال المفلس عن ديونه قسم بينهم على قدر ديونهم، فوجب إذا ضاقت التركة عن سهام التركة أن يجعل لكل واحد منهم على قدر سهمه، حسب قانون النسبة ويضرب به)[3].

٤ ـ وفي مذهب الحنابلة (إنه إذا اجتمعت الفرائض بحيث لا يتسع لها المال، دخل النقص عليهم كلهم وقسم المال بينهم على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص)[4].

هذه أقوال المذاهب الأربعة في المسألة وتعليلاتهم، والتي يتضح منها أنهم يقيسون النقص الداخل على أصحاب الفروض في تركة مورثهم، بالنقص الداخل على أصحاب الديون الثابتة في مال المفلس، والذي جعل الرسول ﷺ الدائن فيها أسوة الغرماء. روى مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ قال (ايما رجل باع متاعاً، فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه اسوة الغرماء)[5]،

---

(١) المبسوط: ١٦١/٢٩، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ٢٢٤.

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٨/ ٢١٠.

(٣) المجموع شرح المهذب: ١٦/ ٩٢ و ٩٥.

(٤) المبدع في شرح المقنع: ٦/ ١٥٤.

(٥) الموطأ: ٦٧٨/٢.

ووجه القياس عندهم أن كل واحد منهم يستحق فريضة ثابتة له إما بالنص أو بحكم الحاكم، والمال لا يكفي لأداء الحق في الحالتين، والحكم الذي قضى به رسول الله ﷺ هناك يجب القضاء به هنا قياساً.

المطلب الرابع: المناقشة والترجيح

الذي أراه بعد استعراض أدلة الفريقين: أن ما ذهب إليه ابن عباس رضي الله عنه لا يستند إلى دليل معتبر، لأنه مبني على تفسيره الخاص لمن قدمه الله تعالى ومن أخَّره في المواريث، وقد يظهر خطأ هذا التفسير فيما يلي:

١ - يرى ابن عباس أن من قدمه الله تعالى هو من أهبطه من فرض إلى فرض، أما من أخَّره الله فهو من اهبطه من فرض إلى ما بقي. وهذا المعنى لم يرد فيه نص ولا اجماع، وإنما هو محض اجتهاد يحتمل الخطأ والصواب. ولقائل أن يقول، أن المعتبر في المواريث هو الاستحقاق في الإرث أما التفاوت فيه، فلا يدل على تقديم أو تأخير، فالاستحقاق ثابت بالنص لكل أصحاب الفروض، وهم في ذلك سواء، ولا عبرة لما عدا ذلك، كما لو اثبت رجل دينه أو حقه في التركة بشهادة رجلين، وأثبت آخر حقه بشهادة رجل وامرأتين، فهما متساويان في الاستحقاق نتيجة، ولا يقال أن شهادة الرجال أقوى من شهادة النساء مع الرجال في بعض الأحكام، أو في غير هذه الحالة.

٢ - يعتبر ابن عباس ان من يهبط نصيبه من فرض إلى ما بقي قد أخَّره الله، وهذا يعني أن العصوبة في البنات مؤخرة في الميراث، مع أنها أقوى أسباب الإرث[1]، فكيف يثبت الحرمان والنقصان لاعتبار معنى العصوبة في بعض الأحوال[2]. ولو جاز ادخال النقص على بعض الورثة لكان الأولى به الزوج والزوجة، لأن سبب توريثهما ليس بقائم بعد الوفاة وعند تقسيم التركة، كما أن الزوجية تحتمل الرفع بالطلاق، أما البنوة فلا تحتمل ذلك، فيكون ما يحتمل

---

(١) المبسوط: ٢٩/١٦٣ .

(٢) مثال العول مع البنات أن تتوفى امرأة وتترك زوجاً وأماً وأباً وبنتين، فللزوج الربع أي ثلاثة من اثني عشر سهماً وللأم السدس اثنان وكذلك للأب، وللبنتين الثلثان ثمانية اسهم فتعول المسألة إلى خمسة عشر.

الرفع أضعف مما لا يحتمله.

٣ ـ إن قول ابن عباس يؤدي إلى تقديم الاخوات لأم على الأخوات الشقيقات، مع ان الأخوات لأم اسوأ حالاً، لأنهن يسقطن بالبنات وبالجد بخلاف الشقيقات.

ولذلك لا يقال أن هذا الوارث قدَّمه الله وذاك أخَّره، ولا دليل على ذلك، فالراجح هو مذهب جمهور العلماء القائلين بالعول، لأن كل واحد من أصحاب الفروض لو انفرد أخذ نصيبه المفروض له بالنص، فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق، كأصحاب الديون، ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف، وفرض للشقيقتين الثلثين كما فرض للاختين من الأم الثلث، فلا يجوز اسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليهم بالتحكُّم والرأي. وحيث لا يمكن الوفاء بها كما أمر الله تعالى، فيجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق. ويؤيد ذلك أن من أوصى لانسان بالثلث، ولآخر بالربع، والثالث بالسدس، نقص جميع ذلك إلى الثلث بمقدار حقهم في الوصية، وإنما كان مراد الموصي ان يأخذ كل واحد منهم ما سُمِّي له عند سعة المحل باجازة الورثة، فإذا ضاق المحل ولم يُجز الورثة، نقص من نصيب كل واحد منهم بمقدار حقه لعدم جواز الوصية في أكثر من الثلث[1].

وما أوجبه الله تعالى أقوى من ايجاب العبد، فلما أوجب الله تعالى في الفريضة نصفين وثلثاً، علم أن المراد أن يأخذ كل واحد منهم ما سُميَّ له عند سعة المحل، وأن ينقص عند ضيق المحل (وهذا اعمال للنصوص كلها بحسب الامكان وما قال به ابن عباس اعمال لبعض النصوص وابطال للبعض وهذا لا وجه له)[2].

ومن جهة أخرى، فإن في تطبيق مذهب ابن عباس على بعض صور المواريث، اجحافاً ظاهراً بمن هو أقرب للميت وأولى بماله، ومثال ذلك: لو مات رجل عن زوجته وشقيقاته وأمه وأختين لأم، فاصل هذه المسالة من اثني عشر، للزوجة منها ثلاثة وللأم منها اثنان وللاختين لأم أربعة، ولا يبقى للشقيقات

---

(١) شرح صحيح مسلم: ١١/٧٦.

(٢) المبسوط: ٢٩/١٦٣.

سوى ثلاثة مهما كان عددهن، ولا شك أنهن أقرب للميت من الاخت لأم وأولى بماله، فما الذي قرَّب من تدلى للميت بأمه فقط، وأخَّر من تدلى له بأمه وأبيه ايضا، انهن إذا تساوين بقرابة الأم، فقد زادت الشقيقات قوة بقرابة الأب؟

المطلب الخامس: السياسة الشرعية في المسألة

لم يرد في العول نص خاص من كتاب أو سنة، ولم ينعقد على القول به اجماع، لخلاف ابن عباس الذي سبق ذكره، وذلك لأن مسألة العول لم تعرض على رسول الله ﷺ ولا في زمن خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وأول من أعال الفرائض عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد روى ابن حزم (ان عمر بن الخطاب لما التقت عنده الفرائض ودافع بعضها بعضاً، وكان امرءاً ورعاً فقال: والله ما أدري أيكم قدَّم الله عز وجل ولا أيكم اخر، فما أجد شيئاً هو أوسع من أن اقسم بينكم هذا المال بالحصص، فأدخل على كل ذي حق ما دخل عليه من العول)[1] . وروي ان عمر جمع الصحابة للمشورة في هذه المسألة فقال له العباس: ارى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم، فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك[2].

ولكن لوحظ: أن الفقهاء القائلين بالعول، يستدلون عليه بالقياس. ويشترط في الحكم السياسي أن لا يرد فيه نص ولا اجماع ولا قياس، فهل يكون حكم هذه المسألة خارج نطاق السياسة الشرعية، لاستناده إلى القياس؟

الذي أراه أنه لا وجه للسياسة الشرعية في اجتهاد الفقهاء، وإنما هو عمل بالادلة الأصلية واستناد إلى القياس، على مسألة ورد النص بخصوصها، وهي أن الدائن اسوة الغرماء حينما لا يكفي مال المدين المفلس لسداد جميع ديونه، وقد مرَّ في تعليلات الفقهاء، أنهم يصرحون بذلك.

وحيث استند حكم المسألة إلى القياس، فقد خرجت عن نطاق السياسة الشرعية، لأن القياس: الحاق فرع بأصل ورد بخصوصه نص أو أجماع، فهو

---

(١) المحلى: ٩/ ٢٦٤ .

(٢) المغني: ٦/ ٢٨٢.

من هذه الناحية كالنص، لأنه ملحق به، ومجال السياسة الشرعية خارج نطاق النصوص.

أما ما يفعله الحاكم من اختيار هذا الحكم أو ذاك، بعد مشاورة الناس واستعراض ارائهم، وإصدار امره بتطبيق حكم معين بعد هذه المشاورة، فهو من السياسة الشرعية، لأنه يستند إلى المصلحة التي رآها الحاكم في اختيار رأي يحققها، وأنه انفع للناس من الرأي الآخر، وهذا ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه في مسألة العول، فهو لم يستند إلى القياس، وإنما إلى المشورة التي حملته على اختيار رأيه بناء على المصلحة والعدل، يدل على ذلك قوله «فما اجد شيئاً هو اوسع من أن أقسم بينكم هذا المال بالحصص، فأدخل على كل ذي حق ما دخل عليه من العول ». فهو رحمه الله يرى أن حرمان بعض اصحاب الفروض عند تزاحم الفريضة ليس من العدل، لأنهم متساوون في الاستحقاق، وأن اعطاء كل ذي حق منهم حقه كاملاً غير ممكن، لزيادة سهامهم عن أصل الفريضة، ولم يرد نص يقدم أحدهم على الآخر، فلم يعد إلا مبدأ العدل والإنصاف، وهو أن ينقص من نصيب كل واحد منهم شيء يسير، ويأخذوا جميعاً. وهذا اعدل من أن يأخذ البعض نصيبه كاملاً ويحرم آخرون من كامل نصيبهم، بدون دليل شرعي أو مرجح مقبول.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الاختيار من الحاكم يقطع النزاع بين الناس، ويصبح رأي الإمام في المسألة حكماً ملزماً لا يجوز لأحد مخالفته، ولو كان يرى خلافه. وقد دل على ذلك قول عطاء لابن عباس حينما ذكر رأيه المخالف لما ذهب إليه عمر في العول (لا يغني رأيك شيئاً ولومِتَّ لقسم ميراثك بين ورثتك على غير رأيك)[1] وهذا دليل على أن ما رآه الإمام هو الذي سيطبق عملاً وواقعاً، لذلك فالسياسة الشرعية في مسألة العول، تظهر في تبنى الإمام لحكمها ومنع القضاء بغيره.

وهذه السياسة في فعل عمر، تستند إلى مبدأ العدل والمساواة، أو كما سماها عمر نفسه بقوله السابق (العمل بما هو أوسع)، ومبدأ العدل من المبادىء الكلية العامة التي تقوم على أساسها الشريعة كلها، فضلاً عن أن يكون من مستندات السياسة الشرعية وأصولها الثابتة.

---

(١) المبسوط: ٢٩/١٦١.

المبحث الثالث
الشّرْكة بين الأشقاء والأخوة لأم

المطلب الأول: المقصود بالشركة وصورة المسألة.

الشّرْكة والشَّركة: بمعنى واحد، وهو مخالطة الشريكين. يقال اشترك الرجلان وتشاركا وشاركَ أحدهما الآخر، ومنه فريضة مشتركة إذا استوى فيها المقتسمون، وكذلك مشرّكة ومشرَّكة[1].

والمقصود بالشركة هنا، أن يكون المال بينهم مشتركاً وهم فيه سواء، فلا يأخذ أحدهم نصيبه من الميراث ويحرم الآخر، وقد اشتركوا في الاستحقاق بسبب القرابة من الميت، فيجب أن يشتركوا في قسمة تركته عند من يرى ذلك من العلماء.

وصورة المسألة أن تتوفى امرأة عن زوجها وأمها أوجدتها وعدد من الأخوة لأم وعدد آخر من الأخوة الأشقاء، ففي هذه الحالة سيأخذ الزوج نصف التركة لعدم وجود الفرع الوارث للميت، وستأخذ الأم سدس التركة لوجود العدد من الأخوة، أما نصيب الأخوة لأم فهو الثلث لأنهم أكثر من واحد، والأخوة الأشقاء عصبة يرثون الباقي بعد أصحاب الفروض، وهم في هذه المسألة لن يبقى لهم شيء، لأن اصل المسألة من ستة، للزوج ثلاثة اسهم، وللأم سهم واحد، وللأخوة لأم سهمان، فلم يبقَ للعصبات وهم الأشقاء شيء، لأن التركة قد استغرقت باصحاب الفروض، مع أن الأخوة لأم يشتركون مع الأخوة الأشقاء بأن أمهم واحدة، فهم متساوون في سبب الاستحقاق من التركة كونهم أبناء أم واحدة. فإذا قيل بتقسيم التركة المتبقية وهي الثلث بين الأخوة لأم أصحاب الفروض، والأخوة الأشقاء وهم العصبات، بالتساوي بينهم، فعندئذٍ يقال لهذه المسألة: المشتركة أو المشرّكة أو المشرَّكة، لاشتراك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في الميراث من ثلث التركة.

وقد سميت هذه المسألة بالحمارية، لما روي أن الاخوة الأشقاء سألوا عمر

---

(١) لسان العرب المحيط: ٢/٣٠٦.

رضي الله عنه عن هذه المسألة فأجاب بنفي التشريك كما هو رأيه السابق، فقالوا: «هب أن أبانا كان حماراً السنا من أم واحدة» فقال عمر رضي الله عنه صدقتم ورجع إلى القول بالتشريك[1][2]، وروي أن الذي قال ذلك هو أحد الصحابة[3].

وتسمى أيضاً الحجرية أو اليَمِّيَّه، لأن احد الورثة من الأشقاء قال لعمر: «هب أن أبانا كان حجراً ملقى في اليمّ اليست أمنا واحدة» وتسمى المنبرية، لأنه سئل عنها وهو على المنبر[4].

ويتضح من صورة المسألة أنه لا بد فيها من توفر أربعة أركان:

١ ـ أن يكون فيها زوج وليس لزوجته المتوفاة فرع وارث.

٢ ـ أن يكون فيها أم او جدة.

٣ ـ أن يكون فيها اثنان أو أكثر من أولاد الأم.

٤ ـ أن يكون فيها عصبة هم الأخوة الأشقاء من الأب والأم.

فلوا اختلّ ركن من هذه الأركان، وبقي شيء للأشقاء، خرجت المسألة عن محل النزاع ولا قائل حينئذٍ بالمشاركة[5].

---

(١) وقد ورد على لسان الفقهاء اصطلاح التشريك بمعنى الشركة بين الأشقاء والأخوة لام وهواستعمال صحيح جاء في القاموس المحيط: شرَّكها تشريكاً. وفي المعجم الوسيط: شرَّك بينهم أي جعلهم شركاء، فالشركة والتشريك بمعنى واحد، القاموس المحيط: ٣١٨/٣، المعجم الوسيط: ٤٨٠/١.

(٢) أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية: ١٥٤/٢٩.

(٣) المغني: ٢٧٩/٦.

(٤) مغني المحتاج: ١٨/٣.

(٥) روضة الطالبين: ١٥/٦.

المطلب الثاني: حكم المسألة عند الفقهاء

لم يختلف الفقهاء في أن نصيب الزوج هو النصف، لعدم وجود الفرع الوارث للزوجة من ابن أو بنت أو فروع أحدهما، ولم يختلفوا أيضاً في أن نصيب الأم هو السدس لوجود العدد من الأخوة الذين يحجبونها حجب نقصان من الثلث إلى السدس، ولم يختلفوا كذلك في أن فرض الأخوة لأم هو الثلث لورود النص في كل ذلك، دليل نصيب الزوج قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢]. ودليل نصيب الأخوة لأم قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، ولكنهم اختلفوا بشأن الأخوة الأشقاء، فإنهم إذا أخذ أصحاب الفروض فروضهم لن يأخذوا شيئاً، لأن التركة نصف وثلث وسدس، فلم يبق للأشقاء من التركة نصيب، وهم يشتركون مع الأخوة لأم في أن أمهم واحدة، ويزيدون عنهم بقرابة الأب، **لذلك اختلفت كلمة الفقهاء في اشراكهم بالثلث مع أخوتهم لامهم أو عدم ذلك على قولين:**

١ - ذهب فقهاء المالكية والشافعية إلى القول بالتشريك في هذه المسألة بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم، لاشتراكهم في قرابة الأم التي هي سبب ميراثهم[1] وهذا القول مروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وغيرهم[2].

٢ - وذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم التشريك بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم، بل يسقط نصيب الأشقاء، وهذا القول مروي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس، وبه قال أبو ثور وابن المنذر وغيرهم، وهو مروي عن عمر بن الخطاب في اجتهاده السابق.

وهذا بيان لاقوالهم وأدلتهم في المسألة:

---

(١) الشرح الصغير: ٤/٦٥٢، مغني المحتاج: ٣/١٨.

(٢) المغني: ٦/٢٨٠، المجموع شرح المهذب: ١٦/١٠١.

أولاً: مذهب القائلين بعدم التشريك وأدلتهم:

ذهب الحنفية والحنابلة ومن معهم إلى القول بعدم التشريك، وأن الأخوة لأم يأخذون الثلث، ويسقط الأخوة الأشقاء، لأنهم عصبة وقد استغرقت التركة بأصحاب الفروض.

واستدلوا بقوله ﷺ (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولي عصبة ذكر)[1]، والأخوة لأم من أصحاب الفرائض والأشقاء من العصبات ولم يبق لهم شيء فيسقطون.

وإن التشريك بينهم خلاف للنص[2]، لأنه لا يُلحق الفرائض بأهلها.

وكذلك فإنه لو وجد في المسألة واحد من ولد لأم ومائة من الأشقاء، لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي باجماع الفقهاء[3]، فإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله، فلم لا يجوز لاثنين اسقاطهم؟

وعلى هذا القول فإن المسألة تصح من ستة أسهم، للزوج منها ثلاثة أسهم، وللأم سهم واحد، وللأخوة للأم سهمان اثنان بالتساوي بينهم، ذكورهم واناثهم في القسمة سواء، وليس للأخوة الأشقاء من التركة شيء، لأنهم عصبة يحوزون الباقي بعد أصحاب الفروض، ولا باقٍ لاستغراق سهام أصحاب الفروض جميع التركة.

ثانياً: مذهب القائلين بالتشريك وأدلتهم:

وذهب المالكية والشافعية ومن معهم إلى القول بالتشريك بين الأخوة لأم والأخوة الأشقاء في ثلث التركة، بحيث يقسم الثلث الذي هو نصيب الأخوة لأم بينهم وبين الأخوة الأشقاء بالتساوي، بدلاً من أن يستقل الأخوة لأم بالثلث، ويحرم الأشقاء من تركة مورثهم.

---

(١) فتح الباري: ١٢/١٦، شرح صحيح مسلم: ١١/٥٢ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار: ٢/١٢٧، الفتاوى الهندية: ٦/٤٧٧، المبسوط: ٢٩/١٥٥، المغني: ٦/٢٨٠ .

(٣) المبسوط: ٢٩/١٥٦، المغني: ٦/٢٨٠. اعلام الموقعين: ١/٣٥٦.

واستدلوا بأن الأخوة من الأب والأم يشاركون الأخوة من الأم في السبب الذي به يستوجبون الإرث، وهي الأم، فوجب أن لا ينفردوا به دونهم، لأن اشتراكهم في سبب الإرث يوجب اشتراكهم في الميراث، وهم مشتركون في القرابة وزيادة[1].

وقالوا: إن هذه فريضة جمعت ولد أم وولد أب وأم، يرث كل واحد منهما إذا انفرد، فإذا ورث ولد الأم، لم يسقط ولد الأب والأم، كما لو انفرد ولد الأم وولد الأب والأم، ولم يكن معهم ذو سهم غيرهم[2].

وعلى هذا القول فإن المسألة تصح من ستة أسهم، للزوج منها ثلاثة أسهم، وللأم سهم واحد، وللأخوة لأم مع الأخوة الأشقاء سهمان اثنان، تقسم بينهم على عدد رؤوسهم بالتساوي بين ذكورهم وأناثهم، وبذلك يشارك الاخوة الأشقاء الأخوة لأم في ثلث التركة، بينما يسقطون على القول الأول.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

من استعراض أقوال الفريقين في المسألة أرى أن مذهب القائلين بعدم التشريك أقوى دليلاً وأولى بالاعتبار للأسباب التالية:

١ - ورد النص من الشارع بإعطاء الأخوة لأم ثلث التركة، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، والمقصود هنا الاخوة لأم، كما في قراءة سعد بن أبي وقاص وكما فسرها أبو بكر الصديق رضي الله عنه[3]، ولأن الله تعالى ذكر ميراث الأخوة مرتين، مرة هنا، ومرة في آخر السورة ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، فجعل ههنا للواحد السدس، وللأكثر الثلث، شركة، وجعل في آخر السورة للأخت

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٣٤٦، مغني المحتاج: ٣/١٨.

(٢) المجموع شرح المهذب: ١٦/١٠٢، المهذب في فقه الامام الشافعي: ٢/٣٠.

(٣) تفسير القرآن العظيم: ١/٣٦٤، تفسير آيات الأحكام: ٢/٥٠.

الواحدة النصف، وللاثنتين الثلثين، وللذكر المال، فوجب أن يكون الأخوة هنا وهناك مختلفين، دفعاً للتعارض، إذ ليس من المعقول أن يجعل لهما فريضتين مختلفتين إلا إذا كانا صنفين لاصنفاً واحداً، فالآية الأولى نص في الأخوة لأم، والآية الثانية نص في الأشقاء، وهي صريحة في إعطاء الأخوة لأم فرضهم وهو الثلث، فإذا دخل معهم الأشقاء لم يكونوا شركاء في الثلث، بل يزاحمهم فيه غيرهم. وهذا خلاف النص.

٢ ـ قوله ﷺ في الحديث المتفق عليه: « الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلأولى رجل ذكر» ، يوجب اعطاء الأخوة لأم ـ وهم من أصحاب الفروض ـ نصيبهم وهو الثلث، فإذا بقي شيء يعطى للعصب وهم الأشقاء، وإذا لم يبق من التركة شيء فلا نصيب لهم، وهذا شأن العصبة في الميراث وهنا لم يبق لهم شيء فيسقطون، وهم صنف آخر غير أصحاب الفروض، فلا يحق لهم مشاركة غيرهم، وإعطاؤهم في هذه الحالة مخالفة ظاهرة لنص الحديث المذكور، وما خالف ذلك فهو باطل.

٣ ـ إن قياس الأخوة الأشقاء على الأخوة لأم بجامع اشتراكهم في الأم وقول القائل (هب أن أبانا كان حماراً اليست أمنا واحدة) قياس فاسد الاعتبار، لأنه يخالف النصوص المذكورة، وقد بيَّن الله تعالى نصيب أصحاب الفروض كما بيَّن نصيب العصبة، فلا يصح قياس العصبة على أصحاب الفروض، لأن النص فرّق بينهما، ولا قياس مع النص، كما أن اعتبار وجود الأب كعدمه، قياس باطل عقلاً وشرعاً، أما عقلاً: فلأن الموجود لا يكون كالمعدوم، وأما شرعاً: فلأن الله سبحانه وتعالى حكم في ولد الأبوين بخلاف حكمه في ولد الأم[1].

٤ ـ أما ما ذهب إليه المجيزون للتشريك من أن قرابتهم للأم واحدة، ويزيدون بقرابة الأب فهم أولى لهذه القرابة، فإن الله سبحانه وتعالى لم يجعل المواريث على قدر التفاضل في القرابة، وإنما هي كما ورد بها النص، ولا خلاف أن من ترك جده أبا أمه، وابن بنته، وبنت أخيه، وابن اخته، وخاله، وخالته، وعمته، وكل هؤلاء من ذوي الأرحام، وترك ابن عم له لا يلتقي معه

---

(١) اعلام الموقعين: ٣٥٦/١.

إلا إلى عشرين جداً، إن هذا المال كله لهذا الأبن العم البعيد، ولا شيء لكل من ذكروا من ذوي الأرحام، وأين قرابته من قرابتهم؟[1].

٥ - ومما يؤكد هذا الترجيح، انه لو كان في هذه المسألة نفسها اخو لاب، لفرض لهن الثلثان وعالت الفريضة، فلو كان معهن اخوهن سقطن به ويسمى الأخ المشؤوم، فلمّا كنّ بوجوده يصرن عصبة صار تارة ينفعهن وتارة يضرهن، ولم يجعل وجوده كعدمه في حال الضرار، فكذلك قرابة الأب لما صار الأخوة بها عصبة صار ينفعهم تارة ويضرهم أخرى، وهذا شأن العصبة، فإن العصبة تارة تحوز المال كله وتارة تحوز أكثره وتارة تحوز أقله وتارة تخيب، فمن أعطى العصبة مع استغراق الفروض المال خرج عن قياس الأصول وعن موجب النص[2].

٦ - أما ما ذهب إليه بعض العلماء من ان الأصل عدم التشريك، وأن القول بالتشريك استحسان، فهذا مردود، لأن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع، بل هو وضع للشرع بالراي من غير دليل، ولا يجوز الحكم به لو لم يوجد ما يعارضه، فكيف وهو في هذه المسألة يخالف نص الكتاب والسنة[3].

ولا يقال انه استحسان يستند إلى المصلحة، لأنه يجلب المنفعة للاشقاء ويدرأ مفسدة البغضاء بين الأخوة، لأن هذه المصلحة لم يعتبرها الشارع، وهي دليل عقلي مجرد (والدليل العقلي لا يجوز ان يقابل النطق الصريح من الشارع، لأن الأدلة لا تتعارض)[4].

ولا يصح أن يقال أن التشريك بين الأخوة الأشقاء والأخوة لأم أقرب للعدالة[5]، لأن العدالة إنما تتحقق بتطبيق نصوص الشارع، وحيثما ورد النص فهو العدل الذي أراده الله وحكم به ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ [المائدة: ٥٠]، وقد أعطى الله سبحانه وتعالى الأخوة لأم الثلث بنص الكتاب،

---

(١) المحلى: ٩/ ٢٥٥.

(٢) اعلام الموقعين: ١/ ٣٥٧.

(٣) اعلام الموقعين: ٦/ ٢٨١.

(٤) المستصفى من علم الأصول: ٢/ ١٢٦.

(٥) أوليات الفاروق السياسية: ٢٠١.

فإشراك غيرهم معهم ينقص فرضهم ويهضم حقهم، وهذا ظلم، فكيف يقال أنه أقرب للعدالة.

ثم أن الأخوة الأشقاء لو بقي لهم سهم واحد من مائة سهم وحاز الأخوة لأم ثلث التركة، فلا قائل بالتشريك حينئذٍ، لأنهم عصبة يحوزون الباقي بعد أصحاب الفروض، وقد حازوا شيئاً ولو يسيراً، فهذا نصيبهم، والثلث نصيب أولاد الأم، فهل يلتقى هذا مع ميزان العدالة الذي يقولون به؟ ولماذا لم يشركوا بينهم في هذه المسألة، ولقائل أن يقول أن الشيء اليسير جداً في حكم العدم، فكأنهم لم يأخذوا شيئاً، والعدل يوجب مساواتهم بأولاد الأم؟!

لذلك أرى ترجيح مذهب من قال بعدم التشريك، لقوة أدلته ووضوح حجته، ولا يقال أن هذا يتعارض مع ترجيح رأي القائلين بالعول، لأنكم رضيتم نقصان نصيب أصحاب الفروض هناك، فلماذا لا تقبلون بنقصان نصيبهم هنا، والسبب هو السبب، لا يقال ذلك، لأن السبب مختلف، فجميع الورثة في مسألة العول من أصحاب الفروض، والنقص دخل على نصيبهم بمقدار فروضهم لاشتراكهم في سبب الاستحقاق الذي جعله الشارع، وهو أنهم من أصحاب الفروض، ولا مرجح لأحدهم على الآخر، أما هؤلاء فقد جعلهم الشارع عصبات، وهذا سبب استحقاقهم، ولم يكونوا من أصحاب الفروض في أي حال، فلا يُشرَّكون معهم لاختلاف السبب.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

فصَّل الشارع الحكيم موضوع المواريث على نحو لم يشاهد في المواضيع الأخرى، وبيَّن نصيب كل وارث بنص من كتاب أو سنة، ولم يترك أمر الفرائض للاجتهاد والرأي، ذلك أن موضوع المواريث مبني على مصلحة دائمة لا تتغير باختلاف الزمان والمكان، وأصحاب الاستحقاق في الميراث لا تتغير صفتهم بين بيئة وأخرى، فالابن هنا هو الابن هناك، والزوج هو الزوج حاضراً ومستقبلاً من حيث صفة الزوجية، وهي موجب استحقاق الميراث، ومن شأن الانسان أن تتطلع نفسه إلى الطمع في مال غيره ﴿كَلاَّ إِنَّ الإِنسَانَ لَيَطْغَىٰ، أَن رَّآهُ

اسْتَغْنَىٰ﴾ [العلق: ٦، ٧] ويقول تعالى: ﴿وَتَأْكُلُونَ التُّرَاثَ أَكْلاً لَّمًّا، وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾ [الفجر: ١٩، ٢٠]، فشاءت حكمة الله تعالى أن يحسم هذا الأمر ويُفصِّله، ليكون بعيداً عن تناول هذه الأطماع، محققاً لمراد الشارع، فنصَّ على بيان معظمه ولم يترك للرأي فيه نصيباً يذكر، من هنا قال بعض العلماء (ان مسائل المواريث لا مجال للرأي في غالبها)[1]، ولذلك فإن مجال السياسة الشرعية يضيق مداه في باب الفرائض، كما أن اختلاف العلماء في مسائل الميراث، قليل إذا ما قورن بغيره.

وبالاستقراء[2]، لم اجد لرسول الله ﷺ قضاء في مثل هذه المسألة بخصوصها، وهي أن يجتمع زوج وأم واخوة لأم واشقاء، ولا عرضت على أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وليس هناك آية تدل على التشريك، وإنما عرضت المسألة في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقضى فيها أول الأمر بعدم التشريك، ثم عرضت عليه بعد ذلك فقضى فيها بالتشريك، ولما سئل عن ذلك قال كلمته المشهورة والتي تعتبر أصلاً من الأصول القضائية: (ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي)[3].

وقد خالفه بعض الصحابة، كعلي بن أبي طالب وأبي وبن كعب وأبي موسى الأشعري[4]ووافقه آخرون كعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وغيرهم.

فالمسألة مختلف فيها بين الصحابة ولا اجماع عليها، وقد رأيت ترجيح مذهب القائلين بعدم التشريك، واعتبرت أن المسألة منصوص عليها، وهذا رأيي، لا احمل عليه أحداً ولا امنع من صحة غيره، و لكنني اقول حسب ما توصلت إليه، أنه لا سياسة في المسألة لورود النص الذي فرَّق بين الأخوة أولاد الأم في آية النساء، وبين الأخوة الأشقاء في آخر السورة نفسها، إضافة إلى الحديث المتفق عليه (الحقوا الفرائض بأهلها) فلا سبيل بعد ذلك إلى القول بخلافه

---

(١) فتح الباري: ١٢/ ٤ .

(٢) أوليات الفاروق السياسية: ١٩٩ .

(٣) اعلام الموقعين: ١/ ١١.

(٤) فتح الباري: ١٢/ ٢٦.

حسب قناعتي، والسياسة هنا هي في تطبيق النص وتنفيذ أمر الله تعالى، أما الحكم بخلافه فهو سياسة ظالمة.

ولا يعني هذا أن لا ابحث السياسة الشرعية على رأي المخالفين القائلين بالتشريك، فعندهم أن المسألة لم يرد فيها نص من كتاب ولا سنة، ولم يجمع عليها أهل الاجماع في أي عصر، فلا يكون الاجتهاد فيها مخالفاً لأحكام السياسة الشرعية، وهي عندهم تحتاج إلى نظر جديد ورأي سديد، يرفع الظلم ويحقق العدل والمصلحة، والسياسة العادلة هي التي تنهض بذلك.

فقد ورد أن الأخوة الأشقاء حينما لم يبق لهم نصيب في التركة، حيث حازها أصحاب الفروض، فأخذ الزوج نصفها وأخذت الأم سدسها وأخذ الأخوة لأم ثلثها الباقي، ولم يبق للعصبات منها شيء، جاء هؤلاء العصبات لعمر بن الخطاب رضي الله عنه متظلمين مما حلَّ بهم، فهم اخوة الميت لأبيه وأمه، واخوتهم اخوته لأمه فقط، وبالنظر إلى درجة القرابة فهم متساوون باشتراكهم في أم واحدة، ويزيدون بأنهم أبناء أب واحد أيضاً، بخلاف اخوتهم لأمهم، فالمتوفى اشد قرابة لهم ممن حازوا ثلث التركة، فلا أقل من ان يشاركوهم نصيبهم لأنهم يشتركون في الأم التي كانت سبباً في استحقاقهم من إرث أخيهم المتوفى، لذلك جاء في تعليلهم لهذا الاستحقاق (هب ان أبانا كان حجراً أو حماراً. . .) فهم ينظرون إلى قرابة الأم فقط، وهم جميعاً بما فيهم الأخ المتوفى أبناء أم واحدة، فإذا استحق الأخوة لأم ميراث أخيهم بسبب قرابتهم معه في الأم، فكذلك يستحقه الأخوة الأشقاء، للقرابة نفسها، وقرابة الأب زيادة.

وقد استصوب عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذا القياس، ورأى فيه العدل والانصاف فحكم بموجبه مخالفاً بذلك حكمه السابق في مسألة مشابهة تماما[1].

والسياسة في فعل عمر واجتهاده تظهر في أمرين:

الأمر الأول: أنه خليفة المسلمين، وقد اختلف علماء الأمة في زمانه على قولين: أحدهما يرى التشريك والآخر لا يراه، وهو ملزم شرعاً بإصدار الحكم وتنفيذ الحق على الوجه الذي يوافق الشارع، وقد رأى ترجيح أحد القولين ليقطع

(١) المغني: ٦/٢٧٩.

النزاع في هذه المسألة بقول فصل لا تختلف عليه الأمة، لأنه لا بد من تنفيذ حكم الشرع في هذه المسألة، ولا يمكن التنفيذ مع اختلاف الرأي فيها، فكان للإمام أن يرجح ما يراه أقرب للحق، فرجَّح التشريك. والسياسة الشرعية تعطي الحق للإمام في ذلك، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ورأي الإمام يرفع الخلاف، وهذا بحد ذاته سياسة شرعية تعود بالمصلحة على الأمة، وحسبها أن ترفع الخلاف بين الناس وتمضي القضاء.

الأمر الثاني: ان أمير المؤمنين رضي الله عنه رأى أن التشريك يحقق العدل بين الورثة، لأنهم إنما ورثوا بسبب قرابتهم للأم، وهم متساوون في ذلك وأبناء أم واحدة، فإذا كانت قرابة الأب لا تنفعهم في هذه المسألة، فلا أقل من أن لا تضرهم، والحكم بالعدل في التشريك سياسة تقرها الشريعة حيث لا نص على خلافها...... وحرمان الأشقاء من ميراث شقيقهم مع إعطاء الأخوة لأم وهم أبعد قرابة، فيه ظلم للأشقاء، والظلم تحرمه الشريعة وتنهى عنه.

فكان من العدل في نظر عمر من وافقه من الصحابة، أن يقال: إن انقاص نصيب الأخوة لأم أيسر من حرمان الأخوة الأشقاء، وعند الموازنة بين ضرر الحرمان من الميراث وضرر الانقاص منه، يترجح الانقاص، فيكون اجتهاد عمر عملاً بمبدأ مراعاة أخف الضررين، وهو مبدأ تشهد له السياسة الشرعية ولا تأباه.

المبحث الرابع
المسألة الغرَّاويَّة

المطلب الأول: المقصود بالغراوية وصورة المسألة

الغراوية لغة: من غرَّه يغرُّه غرّاً وغروراً إذا خدعه واطمعه بالباطل، والغُرَّة بالضم بياض في الجبهة، والأغرُّ الأبيض من كل شيء، وغُرَّة الشيء أوله واكرمه[1].

وقد سميت هذه المسألة بالغراوية لشهرتها تشبيهاً لها بالكوكب الاغر[2] أولانها تخدع الفرضي في معرفة نصيب الأم، هل هو الثلث أو ثلث الباقي.

أما في الاصطلاح: فالمقصود بالمسألة الغراوية عند علماء المواريث، أن يجتمع أحد الزوجين مع الوالدين، فإذا اخذ أحد الزوجين نصيبه وهو النصف أو الربع، فهل تأخذ الأم نصيبها وهو الثلث من كامل التركة، أم تأخذ ثلث الباقي مع الأب، حتى لا يزيد نصيبها على نصيبه؟

الذين قالوا تأخذ الأم ثلث الباقي، يطلقون على هذه المسألة اسم الغراوية، لأنها غرَّت من يقسم التركة حيث يظن أنها تأخذ الثلث مع أن نصيبها ثلث الباقي فقط، كما سميت بالعمرية[3] لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو أول من قضى فيها بأن للأم ثلث الباقي، وسميت أيضا بالغريبة[4] لغرابتها وأنه ليس لها نظير.

وللمسألة صورتان: الأولى: أن يتوفى الزوج عن زوجته وأمه وأبيه، فتأخذ الزوجة ربع التركة لعدم وجود الفرع الوارث، والثلاثة أرباع تقسم بين الأب والأم، فيكون نصيب الأم ثلث الباقي ونصيب الأب الثلثين، فتصح المسألة من

---

(١) لسان العرب المحيط: ٢/٩٧٢، القاموس المحيط: ٢/١٠٣، المعجم الوسيط: ٢/٦٤٨.

(٢) مغني المحتاج: ٣/٦٥، الاختيار لتعليل المختار: ٥/٩٠.

(٣) روضة الطالبين: ٦/٩٠، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٨/٢٠١.

(٤) مغني المحتاج: ٣/٦٥.

أربعة: اسهم للزوجة سهم واحد، وللأب سهمان، وللأم سهم واحد، وهذا عند القائلين بأن نصيب الأم هو ثلث الباقي. أما عند غيرهم فالمسألة تصح من اثني عشر سهماً، للزوجة ثلاثة اسهم، وللأم أربعة أسهم، والباقي وهو خمسة اسهم للأب. وواضح الفرق بين القسمتين.

والصورة الثانية: أن تتوفى المرأة عن زوجها وأمها وابيها، فيأخذ الزوج نصيبه وهو النصف لعدم وجود الفرع الوارث، والباقي يقسم بين الأب والأم بنسبة الثلث للأم والثلثين للأب. فتصح المسألة من ستة اسهم: للزوج ثلاثة أسهم، وللأب سهمان، وللأم سهم واحد، فيكون نصيب الأم في واقع الأمر هو سدس التركة أو ثلث الباقي بعد نصيب الزوج، وليس الثلث من كامل التركة، وهذا عند القائلين بأن نصيب الأم هو ثلث الباقي. أما عند غيرهم فالمسألة تصح من ستة أسهم للزوج ثلاثة اسهم، وللأم الثلث وهو سهمان من ستة اسهم، وللأب الباقي وهو سهم واحد فقط، ويلاحظ ان نصيب الأم حسب هذا التقسيم زاد على نصيب الأب بمقدار الضعف.

فهذه صورة المسألة وهي لا تكون إلا باجتماع أحد الزوجين مع الأبوين، بمعنى أن يتوفى الرجل عن زوجته وأمه وابيه، أو تتوفى المرأة عن زوجها وأمها وأبيها فقط.

المطلب الثاني: حكم المسألة عن الفقهاء

اختلفت كلمة الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال تتضح فيما يلي:

القول الأول: أن نصيب الأم هو ثلث الباقي.

القول الثاني: أن نصيب الأم هو الثلث من كامل التركة.

القول الثالث: التفريق بين أن يكون المتوفى هو الزوج أو الزوجة، ففي الحالة الأولى تأخذ الأم الثلث كاملاً، وفي الثانية تأخذ ثلث الباقي.

وهذا تفصيل لأقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

القول الأول: اتفقت كلمة الفقهاء من المذاهب الأربعة: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على اعطاء الأم ثلث الباقي. وهو ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وعلي ابن أبي طالب والحسن والثوري[1] وغيرهم، وقد استدلوا بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

ووجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى أعطى الأم الثلث إن لم يكن له ولد وورثه الأبوان فقط، فإذا وجد وارث آخر غير الأبوين، كالزوج مثلاً فليست الآية نصاً في الموضوع، لأنه تعالى قال: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فلو كانت تستحق الثلث مطلقا ولو مع وارث آخر، لكان قوله وورثه أبواه عديم الفائدة[2] فعلم أنها تستحق الثلث إذا لم يكن معها وارث غيرهما، بمعنى أن ينفرد الأب والأم بتركة ابنهما، فعندئذٍ يكون نصيب الأم ثلث التركة كاملاً، أما إذا وجد غيرهما من الورثة فلا تكون المسألة مشمولة بالنص.

٢ ـ إن الفريضة اذا جمعت أبوين وذا فرض، كان للأم ثلث الباقي كما لو كان معهما بنت، فكذلك إذا كان معهما زوج، فالباقي بعد نصيبه يكون بين الأبوين اثلاثاً[3].

بمعنى أنهم يستدلون بالقياس، ويجعلون الأصل المقيس عليه هو صورة اجتماع الأبوين مع البنت، والفرع المقيس هو صورة اجتماع الأبوين مع الزوج، والوصف كون الأم مجتمعة مع صاحب فرض، فكما تأخذ الأم ثلث الباقي مع البنت والأب، تأخذه مع الزوج والأب قياساً.

٣ ـ إن إعطاء الأم الثلث من كامل التركة يؤدي إلى مخالفة القواعد، لأنها إذا أخذت في مسألة الزوج الثلث من رأس المال، تكون قد أخذت مثلي الأب، وليس له نظير في اجتماع ذكر وانثى يدليان بجهة واحدة، وتأخذ الأنثى مثليه،

(١) المغني: ٦/٢٧٩، المجموع شرح المهذب: ١٦/٧٣، المحلى: ٩/٢٦١، المبسوط: ٢٩/١٤٤، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٣٤٣ .

(٢) تفسير آيات الأحكام: ٢/٤٦، تفسير القرآن العظيم: ١/٣٦٣.

(٣) المبدع في شرح المقنع: ٦/١٢٨.

وهذه القواعد من القواطع[1].

ولذلك قال ابن مسعود في الرد على ابن عباس (ما أراني الله تفضيل الأنثى على الذكر) وقال زيد رضي الله عنه(لا افضل الأنثى على الذكر)[2] وواضح أن المقصود التفضيل مع استواء القرابة والدرجة، أما عند الاختلاف فلا يمتنع هذا التفضيل، كما لو كان مع الأم جد بدلاً من الأب في هذه المسألة، فإن الأم تأخذ الثلث، ولا عبرة بتفضيلها على الجد، لكونها أقرب منه.

٤ ـ بيَّن الله تعالى أحوال الأم فذكر أن لها السدس مع الأخوة، والثلث كاملاً مع عدم الولد وتفرد الأبوين بالميراث، وهاتان الحالتان لا خلاف عليهما، بقي لها حالة ثالثة، وهي عدم الولد وعدم تفرد الأبوين بالميراث، وذلك لا يكون إلا مع الزوج والزوجة، فإما أن تعطى الثلث كاملاً وهو خلاف مفهوم القرآن لعدم تفرد الأبوين بالميراث، وأما أن تعطى السدس، وهذا لم يجعله لها القرآن إلا في موضعين: مع الولد ومع الأخوة، فإذا امتنع هذا وهذا، كان الباقي بعد فرض الزوجين هو المال الذي يستحقه الأبوان، ولا يشاركهما فيه مشارك، فهو بمنزلة المال كله إذا لم يكن زوج ولا زوجة، فإذا تقاسماه اثلاثاً، كان الواجب أن يتقاسما الباقي بعد فرض الزوجين كذلك[3].

أما أصحاب القول الثاني وهم ابن عباس ورواية عن علي بن أبي طالب وعن شريح[4]، **فقد استدلوا على قولهم بأن الأم تأخذ ثلث التركة بما يلي:**

١ ـ عموم قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء:١١]، ووجه استدلالهم بهذه الآية: أن الله تعالى فرض للأم الثلث عند عدم الولد والأخوة، وليس ههنا ولد ولا أخوة، فيبقى نصيبها الثلث بعموم النص.

٢ ـ قوله ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»[5]،

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٨/٢٠١، الشرح الصغير: ٤/٦٢٣.

(٢) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية: ٣/٥١، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٦/٢٣١.

(٣) اعلام الموقعين: ١/٣٥٨.

(٤) المغني: ١/٢٧٩ .

(٥) متفق عليه. فتح الباري: ١٢/١٦، شرح صحيح مسلم: ١١/٥٢.

والأب ههنا عصبة، فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض، والأم صاحبة فرض فيجب أن تعطى فرضها كاملاً وهو الثلث.

٣ ـ أن الله تعالى نص على فرضين للأم هما الثلث والسدس، ولم يجعل لها ثلث الباقي، فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس[١].

أما أصحاب القول الثالث الذي انفرد به ابن سيرين وأبو ثور فقد استدلوا: بأننا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الأب، وهذا غير جائز[٢]، أما في زوجة وابوين، فإن الأب سيفضلها ولو بشيء يسير، فلا يمتنع أعطاؤها الثلث كاملاً.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

من استعراض أدلة الفقهاء في المسألة يتضح ما يلي:

١ ـ أن قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] ليس نصاً في المسألة، لأنها انما تبين ميراث الأبوين من ابنهما عندما لا يكون له وارث غيرهما، بمعنى أن لا يكون للمتوفى سوى أب وأم بدليل قوله تعالى ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ﴾ [النساء: ١١] فهذا القيد له فائدة، ولا يمكن أن يرد في النص عبثاً، وهذا لا خلاف فيه، والخلاف فيما إذا كان مع الأبوين أصحاب فروض من الورثة، كالزوج أو الزوجة كما في المسألة الغراوية هذه، فإذا قيل أن نصيب الأم هو الثلث مطلقاً فأين دليل نصيب الأب، علماً بان النص سكت عن بيان نصيب الأب، لأنه معلوم بداهة إذا كان الورثة أب وأم فقط وأعطيت الأم الثلث فيكون نصيبه الثلثين لقوله ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] فيفهم من ذلك أن لأبيه الثلثين ولو لم ينص عليه، لأن كل التركة لهما فإذا ذهب ثلثها للأم بقي الثلثان للأب ولا إشكال في ذلك[٣] أما حالة وجود زوج أو زوجة مع الأبوين، فلا يشملها هذا النص، ولا بد من معرفة نصيبها من تحكيم القواعد العامة في

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ٢٣١.

(٢) المجموع شرح المهذب: ١٦/ ٧٣.

(٣) المبسوط: ٢٩/ ١٤٤.

الشريعة والاجتهاد على ضوئها.

٢ ـ قوله ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها» ليس نصاً في المسألة، حيث أن الأب تارة يكون صاحب فرض، كما لو كان للمتوفى ابن ذكر وأب وأم، وتارة يكون عاصباً عند عدم الوارث المذكر، فلا يقال أنه عصبة في كل حال حتى يرد القول بأن الأم صاحبة فرض والأب عاصب، وقد بيَّن الحديث تقديم صاحب الفرض على العاصب!

٣ ـ إن التفريق بين أن يكون مع الأبوين زوج فتأخذ الأم ثلث الباقي، أو يكون معهما زوجة فتأخذ الأم الثلث كاملاً، لا دليل عليه، وهو قول بالرأي المجرد، فلا ينهض أمام الأدلة الأخرى خاصة وهو يخالف ما اتفق عليه معظم الصحابة وجمهور الفقهاء[1].

٤ ـ أدعى بعض العلماء الاجماع على مذهب الجمهور، وان عمر قضى بان لها ثلث الباقي واجمع الصحابة على ذلك[2]، والصحيح أنه ليس في المسألة اجماع فقد خالف فيها ابن عباس من الصحابة وشريح وابن سيرين أيضاً فلا ينعقد اجماع مع مخالفة هؤلاء، وتبقى المسألة في دائرة الاجتهاد.

٥ ـ والذي أراه أن القرآن الكريم بين نصيب الأم في حالات، وجعلها دائرة بين الثلث والسدس، فهي تأخذ السدس مع الولد أو العدد من الأخوة، وتأخذ الثلث مع عدم الولد اوعدم العدد من الأخوة، وهاتان حالتان ثابتتان بالنص، وتبقى في نظري حالتان لا حالة واحدة، خلافاً لما يراه ابن القيم[3]، وهما:

الأولى: وجود الأب مع صاحب فرض اضافة إلى الأم، مع عدم الأخوة أو الفرع الوارث، ولا تكون الا في المسألة الغراوية أي مع الزوج والزوجة.

الثانية: وجود الأم مع صاحب فرض عند عدم الأب أو الفرع الوارث أو الأخوة، كزوج وأم فقط. وهذه الحالة لا يشملها النص بمنطوقه لأنه يقول

---

(١) المغني: ٦/٢٧٩ وقد أدُّعيَ الاجماع على ذلك.

(٢) المبدع في شرح المقنع: ٦/١٢٨.

(٣) اعلام الموقعين: ١/٣٥٨.

﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ﴾ [النساء: ١١] وهنا ورثه أحدهما.

فالأم هنا تأخذ باقي التركة فرضاً ورداً [١]، ففرضها الثلث لانفرادها عن الولد أو الأخوة أو الأب، والرد عليها لعدم العاصب أو صاحب فرض يرد عليه غيرها، فتحوز باقي التركة، أما إذا كان معها أب كما في الحالة الأولى، فإما أن تعطى الثلث كاملاً أو تعطى السدس، فاعطاؤها الثلث كاملاً ممتنع، لعدم انفراد الأبوين بالميراث، بل إن معهما صاحب فرض هو الزوج، وقد فهم من النص أن الأم تأخذ الثلث مع الاب إذا لم يكن معها وارث غيرهما، واعطاؤها السدس أيضاً ممتنع، لأن القرآن لم يجعل لها ذلك إلا مع الولد أو العدد من الأخوة، ولا وجود لهم هنا، فإذا امتنع اعطاؤها ذلك، كان لها ثلث الباقي مع الأب بعد اخراج نصيب الزوج، وكأنَّ هذا هو المال الموروث بالنسبة لهما، فكما يقتسمان جميع المال اثلاثاً إذا لم يكن وارث غيرهما، فكذلك يقتسمانه بعد اخراج نصيب الزوج أو الزوجة، وهذا يتفق مع قوله الله تعالى ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فإذا اجتمعا وليس لمورثهما ولد فهذا حكمهما، وإذا انفرد أحدهما فله حكم آخر.

٦ ـ إن القواعد العامة المتفق عليها في المواريث والتي سماها بعض العلماء بالقواطع[٢] تعطي الذكر ضعف الأنثى بشكل عام، ومن غير المعهود في الشرع أن تأخذ الأنثى ضعف الذكر مع استوائهما في القرابة والدرجة، وفي هذه المسألة إذا أعطى الزوج نصف التركة وأعطيت الأم ثلثها كاملاً فإنها ستأخذ ضعف الأب، وهما في درجة واحدة، وهذا كما يقول علماء الفرائض غير معهود في الشرع[٣]، فيجب تحكيم القواعد العامة حتى لا يحدث هذا المآل الممنوع، وفي اعطائها ثلث الباقي مع الأب موافقة لهذه القواعد، وعموم الأدلة الشرعية ومنعاً للتعارض.

وبذلك يترجح مذهب جمهور العلماء وما رآه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والصحابة في هذه المسألة.

---

(١) الفريدة في حساب الفريضة: ٧٢.

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل: ٨/٢٠١، الشرح الصغير: ٤/٦٢٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢/٣٤٣، الاختيار لتعليل المختار: ٥/٩٠، المغني: ٦/٢٧٩.

(٣) تفسير آيات الأحكام: ٢/٤٦.

المطلب الرابع: السياسة الشرعية في المسألة

فرض الله سبحانه وتعالى للأم الثلث مع عدم الفرع الوارث والعدد من الأخوة بقوله ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، ولكن الآية لم تبين مقدار نصيب الأم إذا وجد مع الأبوين أحد الزوجين، ولم يرد في السنة نص يوضح ذلك، ولا حصل مثله في زمن أبي بكر رضي الله عنه، ولا انعقد عليه اجماع، فلما كان في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حدثت هذه القضية، فلم يجد بداً من الاجتهاد، لأنه لو أعطى الزوج النصف والأم الثلث فلن يبقى للأب غير السدس، وهذا يتنافى مع قوله تعالى ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١]، فرأى عمر رضي الله عنه أن يقسم باقي التركة بعد الزوج أو الزوجة بين الأبوين للذكر مثل حظ الأنثيين.

وهذا اجتهاد من عمر لا يستند إلى نص خاص من كتاب أو سنة، وإنما هو تحكيم لعمومات الشريعة وقواعدها العامة التي تأبى أن تأخذ الأم ضعف نصيب الأب مع استوائهما في درجة القرابة، وهو مراعاة لما آلت إليه هذه المسألة عند اعطاء الأم الثلث كاملاً من حيف على الأب ونقصان في نصيبه.

والسياسة الشرعية ضابط يضبط الاجتهاد ويصونه عن النتائج غير المعهودة في الشرع، فإذا أدى تطبيق النص بعمومه إلى مآل ممنوع شرعاً، أو غير معهود كتفضيل الأنثى على الذكر في هذه المسألة، كان دور السياسة الشرعية في تخصيص هذا العموم بالقواعد الشرعية، جاء في الشرح الصغير (إن قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين خصصت عموم آية (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه. . .)[1]) التي سُمِّيت بالقواطع، فيكون اجتهاد عمر وما قاله الجمهور على هذا الأساس من السياسة الشرعية التي تعيد الحق إلى نصابه، وتضع الأمور في موضعها الصحيح على ضوء مآلها، وقد قرر العلماء أن النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً[2] ومآل إعطاء الأم في هذه المسألة ضعف الأب مع استوائهما في الدرجة والقرابة ممنوع، لأن القاعدة العامة في المواريث أنه إذا اجتمع ذكر وانثى

---

(١) الشرح الصغير: ٤/٦٢٣.

(٢) الموافقات: ٤/١٩٤.

بنفس الدرجة يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين، وهذا ما تبادر إلى ذهن بعض الصحابة عندما رأوا نتيجة إعطاء الأم الثلث كاملاً، في هذه المسألة فقال ابن مسعود (ما أراني الله تفضيل الأنثى على الذكر) وقال زيد رضي الله عنه (لا أفضل الأنثى على الذكر)[1]، وهذا منهما دليل على استبعاد هذه النتيجة الممنوعة لمخالفتها لعمومات الشريعة في مسائل المواريث، وقد اعتمد ذلك عمر ابن الخطاب رضي الله عنهم أجمعين، ورجع عن اجتهاده السابق إلى هذا الرأي.

فيكون وجه السياسة الشرعية في المسألة هو تحكيم القواعد العامة عند عدم ورود النص الخاص، واعتبار النظر في مآلات الأفعال، وهذا من أصول السياسة الشرعية ومستنداتها، ويكفي مؤيداً على صحة هذا الاعتبار ما ذهب إليه الصحابة في هذه المسألة، ووافقهم عليه أئمة المذاهب الأربعة، وجمهور العلماء المسلمين، وهو دليل عملي على مكانة السياسة الشرعية وحجيتها، ودورها الهام في ضبط الاجتهاد عند هؤلاء الأئمة بشكل خاص، وفي الفقه الاسلامي بوجه عام.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٦/ ٢٣١.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً وله الفضل والمنّة، والصلاة والسلام على خاتم رسله محمد، وبعد:

فان تطبيقات السياسة الشرعية في موضوع الأحوال الشخصية متنوعة ومتعددة، وهذا ما استطعت ايراده منها فهماً وتطبيقاً لنصوص الفقهاء المعتبرين في المذاهب الفقهية الاسلامية، وبعد هذا الجهد يمكن استخلاص النتائج التالية:

١ - إن السياسة الشرعية سلطة تقديرية ممنوحة للحاكم شرعاً يعمل بها في تدبير شؤون الأمة باجتهاده أو اجتهاد غيره بما يحقق مصلحتها، وقد توصّلت الى تعريفها بأنها: مجموعة الأوامر والاجراءات، الصادرة عن مختص شرعاً، والتي تطبق من خلالها أحكام الشريعة الاسلامية فيما لا نص فيه، على المحكومين، بشروطها المعتبرة.

٢ - إن اجتهادات السياسة الشرعية لا تسمى أحكاماً سياسية إلا إذا صدرت عن الحاكم الشرعي بأي طريق من طرق الاصدار، أما إذا قال بها مجتهد أو فقيه فهي فقه سياسي غير ملزم، إلا إذا تبناها الامام وأصدر بها أمره، فتصبح عندئذ حكماً سياسياً.

٣ - لا يجوز الاجتهاد في أحكام السياسة الشرعية حيث يرد النص الخاص بجزئية معينة، سواء كان نصاً غير معلل أو نصاً معللاً ولكنه مبني على مصلحة ثابتة لم يرد الشرع تغيرها، ففي هذه الحالة لا مجال مطلقاً للسياسة الشرعية، وانما مجالها فيما عدا ذلك.

٤ - أحكام السياسة الشرعية اجتهادية غير ثابتة، فإذا زالت المصلحة التي بنيت عليها يجب تغيرها ولا يجوز أن تدوم على مر الزمان، لأنها انما اعتمدت لتحقيق مصلحة الأمة في حال معينة، وحيث لا مصلحة فلا حكم سياسي، ومن العبث استمرار الحكم السياسي الذي لا يحقق مصلحة للأمة.

٥- أحكام السياسة الشرعية ليس خاصة بما يتعلق بالسلطة العليا، أو الأحكام الدستورية والمالية فقط، وانما هي شاملة لجميع مناحي الحياة بشروطها المعتبرة، لرعاية شؤون الأمة المختلفة وتدبير أمورها بما يصلحها في ظل سيادة الشرع.

٦ ـ لا ينبغي التوسع في أحكام السياسة الشرعية بدون موجب أو على سبيل الفرض الفقهي، لأنها وجدت لمعالجة الواقع، والتوسع فيها بما لم يقع مخالف لطبيعتها وحكمة مشروعيتها عند القائلين بها.

٧ ـ لا توصف السياسة بأنها شرعية إلا إذا كانت مستمدة بجميع شروطها من الشريعة الإسلامية، نابعة من الايمان بالوحي على اعتبار أنها تشريع الهي لا وضعي، لذلك يأثم من خالف أحكامها الصادرة عن أمام شرعي اثم من يخالف أمر الله تعالى[1] بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩].

٨ ـ أحكام السياسة الشرعية ظنية وليست قطعية، لأن مبناها على الاجتهاد وغلبة الظن في تحري الحق، لذلك لا يكفر منكرها، وهي ترفع الخلاف بين الفقهاء في المسألة الاجتهادية عند التنازع، لأن تبني ولي الأمر لها يجعلها حكماً ملزماً للمجتهدين وغيرهم ويمنع القول بخلافها، وهي بذلك تحفظ وحدة الأمة، وتحقق تماسكها.

٩ ـ يتضح من دراسة تطبيقات السياسة الشرعية في جانب من جوانب الفقه الإسلامي وهو الأحوال الشخصية، أن معظم الفقهاء يقولون بها ولكنهم يختلفون في الاسم الذي يطلقونه عليها، فبعضهم يسميها سياسة، وبعضهم يسميها مصلحة، وغيرهم يطلق عليها استصلاحاً، وآخرون يسمونها سد الذرائع وهكذا، كما لوحظ أن بعض الفقهاء يفتي وفق أحكامها دون أن يطلق عليها اسماً معيناً، كابن حزم الظاهري.

١٠ ـ إن أكثر مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي مبنية على مصلحة ثابتة، فلا مجال فيها للسياسة الشرعية، بخلاف غيرها من أقسام الفقه الأخرى، ومع ذلك فقد لوحظ سعة تطبيقات الفقهاء للسياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مما يؤكد ضرورتها واعتماد الفقهاء على أصولها في غير الأحوال الشخصية، من باب أولى.

١١ ـ إن السياسة الشرعية من أهم ضوابط الاجتهاد في الفقه الإسلامي، لأنها تقف موقفاً معتدلاً بين الافراط في الرأي والتفريط فيه، وتصونه عن الجمود

(١) الجامع لأحكام القرآن: ٥: ٢٥٩.

على النص أو الانفتاح على الهوى.

١٢ ـ إن القول باقفال باب الاجتهاد يناقض السياسة الشرعية مناقضة تامة، ويخالف طبيعة التشريع الاسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، فبينما تقف السياسة الشرعية في وجه المستجدات العصرية لتهذيبها وفق أحكام الشريعة الاسلامية، يقف الجمود لوأدها وحجب نور الشريعة عنها. وشتان بين مهذب ووائد.

١٣ ـ السياسة الشرعية تتكفل باصلاح أحوال المسلمين وفقاً لأحكام الشريعة ومقاصدها، لذلك فالاهتمام بها اهتمام بحال المسلمين وحل لمشكلاتهم، واقصاؤها عن الحياة إقصاء للشريعة عن واقع المسلمين اليومي، وفي هذا هدم للدين وفصل لروحه عن جسده.

١٤ ـ إن السياسة الشرعية تصوير للواقع على حقيقته، والحكم الشرعي إنما يتنزل على هذا الواقع، وقد راعت الشريعة الاسلامية أحوال المكلفين في أمور عديدة كالرخص، لذلك فالسياسة الشرعية هي مراعاة لهذا الواقع وتعهد له بما يصلحه، ولا شك أن مراعاة الواقع والنظر لحال المكلفين، رحمة بهم ومرونة في التشريع، والسياسة الشرعية هي التي تتولى هذا الجانب من التشريع الاسلامي الخالد.

١٥ ـ الاجتهاد ضرورة تشريعية ولا حياة للفقه الاسلامي بدونه، والسياسة الشرعية هي روح هذا الاجتهاد، وعماده القوي. لذلك لابد من الاجتهاد وفق أحكام السياسة الشرعية وضوابطها، لتستمر حياة الفقه الاسلامي على الوجه الذي يحبه الله ويرضاه.

١٦ ـ من الصعوبة بمكان أن يعتمد على الاجتهاد الفردي في العصر الحاضر، لتشعب فروع العلم وظهور التخصصات الدقيقة في الحياة العملية والعلمية، الأمر الذي لا يمكن معه الاحاطة الفردية بكل ما يلزم للاجتهاد المعاصر، لذلك لابد من الاجتهاد الجماعي، سياسة، بمعنى أن السياسة الشرعية توجب في العصر الحاضر القول بالاجتهاد الجماعي دون الفردي، حرصاً على أحكام الشريعة ومراعاة لظروف العصر.

١٧ ـ تعتمد السياسة الشرعية على أصول ثابتة في الشريعة الاسلامية، لذلك

فهي منضبطة وليست قولاً بلا دليل أو رأياً بالهوى، ومن هذه الاصول المصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان، والعرف، ومراعاة الخلاف، والحكم بالقرائن، بالاضافة الى مقاصد الشريعة ومبدأ مراعاة مآلات الافعال، ومبدأ رفع الحرج، ونحو ذلك مما يضبط الاجتهاد ويؤصله.

١٨ ـ معظم فقهاء الشريعة يراعون أحكام السياسة الشرعية في اجتهاداتهم، إلا أن أكثرهم أخذاً بها في نظري هم:

أ ـ فقهاء الصحابة، وخاصة: عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب.

ب ـ المالكية، وخاصة: امام المذهب مالك بن أنس، ومن بعده: ابن فرحون، والشاطبي، والقرافي.

جـ ـ متأخرو الحنابلة، وخاصة: ابن عقيل، وابن تيمية، وابن القيم.

د ـ الحنفية، وخاصة: ابن نجيم.

هـ ـ الشافعية، وخاصة: العز بن عبد السلام.

١٩ ـ تظهر تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، أن المستجدات التي لم يرد بشأنها نص خاص من الشارع لا حصر لها، وقد تصدى الفقهاء لبحثها على ضوء من قواعد الشريعة العامة، ولا غرابة أن تختلف وجهات نظرهم تبعاً للمصلحة أو لاختلاف البيئة والأعراف، فما يكون مصلحة في المدينة قد لا يكون مصلحة في القرية أو في البادية، وهذا يدل على أن الشريعة راعت أعراف الناس وبيئاتهم، وفي هذا من وجوه الرحمة والمرونة ما فيه.

٢٠ ـ لابد أن يتصدى العلماء المعاصرون لبحث تطبيقات السياسة الشرعية في شتى فروع الفقه الاسلامي ومذاهبه، لاستخلاص الضوابط الاجتهادية والاصول التي بني عليها الاجتهاد فيما لا نص فيه، ليتم ارساء أسس السياسة الشرعية وأصولها وضبط مستنداتها، حيث أن موضوع السياسة الشرعية ـ كأصل اجتهادي ـ لا يزال بكراً، ونظراً لخطورة التفريط أو الافراط فيه، فلابد من ضبطه وارساء قواعده على أسس ثابتة ومتينة، خدمة للاجتهاد المعاصر وحلاً لمشاكل الأمة الاسلامية المستجدة، بمنهج علمي راسخ تقره أصول الشريعة وقواعدها العامة.

المراجع

أولاً: كتب التفسير

١ - ابن كثير - اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (٧٤٤هـ) تفسير القرآن العظيم - دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه بمصر.
٢ - الجصاص - أحمد بن علي الرازي (٣٧٠هـ) أحكام القرآن المطبعة البهية بالقاهرة ١٣٤٧هـ.
٣ - الزمخشري - محمود بن عمر (٥٣٨هـ) - الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل. طبعة ثانية - المطبعة الأميرية ١٣١٨هـ.
٤ - الطبري - محمد بن جرير (٣١٠هـ) - جامع البيان في تفسير القرآن. طبعة أولى المطبعة الأميرية.
٥ - القرطبي - محمد بن احمد الأنصاري (٦٧١هـ) - الجامع لأحكام القرآن - دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة ١٩٦٧.
٦ - محمد رشيد رضا - تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار - طبعة أولى. مطبعة المنار بمصر ١٣٢٥هـ.
٧ - محمد علي السايس - تفسير آيات الأحكام مطبعة محمد علي صبح بمصر.
٨ - محمود الألوسي البغدادي (١٢٧٥هـ) - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر بيروت ١٩٧٨.

ثانياً: كتب الحديث الشريف وشروحه

٩ - ابن ماجة - محمود بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ) - سنن ابن ماجه دار احياء التراث العربي ١٩٧٥ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
١٠ - أبو داود - سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي (٢٧٥هـ) - سنن أبي داود الناشر دار احياء السنة النبوية تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد.
١١ - أحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي - الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد ابن حنبل الشيباني مع شرحه المسمى بلوغ الأماني من اسرار الفتح الرباني - دار الشهاب بالقاهرة.
١٢ - اسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي - كشف الخفاء ومزيل الالتباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس. مؤسسة مناهل العرفان. بيروت.
١٣ - البخاري - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بزدز به - (٢٥٦هـ). صحيح البخاري - مطابع الشعب ١٣٧٨هـ.
١٤ - البيهقي - أحمد بن الحسين بن علي (٤٥٨هـ) - الجوهر النقي شرح سنن البيهقي مطابع دار صادر بيروت.

١٥ ـ الترمذي ـ محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ) ـ سنن الترمذي الناشر المكتب الإسلامي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
١٦ ـ الحاكم ـ محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري ـ المستدرك على الصحيحين ـ مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب.
١٧ ـ الدارمي ـ عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام ـ سنن الدارمي ـ دار الكتب العلمية بيروت.
١٨ ـ الزيلعي ـ عبد الله بن يوسف (٧٦٢ هـ) ـ نصب الراية لاحاديث الهداية طبعة ثالثة ـ دار احياء التراث العربي ١٩٨٧.
١٩ ـ سعيد بن منصور الخراساني ـ سنن سعيد بن منصور طبعة أولى الدار السلفية ١٩٨٢ تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي.
٢٠ ـ الشوكاني ـ محمد بن علي بن محمد (١٢٥٠هـ) ـ نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الأخيار. طبعة أخيرة مصطفى الحلبي بمصر.
٢١ ـ العسقلاني ـ أحمد بن علي بن حجر (٨٥٢هـ) ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري المكتبة السلفية.
٢٢ ـ مالك بن انس (١٧٩هـ) ـ الموطأ دار احياء الكتب العربية ـ عيسى الحلبي وشركاه بمصر.
٢٣ ـ محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير (١١٤٢هـ) ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام وهو شرح على بلوغ المرام من ادلة الأحكام لابن حجر العسقلاني. طبعة رابعة ـ دار إحياء التراث العربي ١٩٦٠.
٢٤ ـ محمد الزرقاني ـ شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك. دار المعرفة بيروت ١٩٧٨.
٢٥ ـ منصور علي ناصيف ـ التاج الجامع للاصول في احاديث الرسول طبعة ثانية دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي بمصر.
٢٦ ـ النسائي ـ أحمد بن سعيد (٣٠٣هـ) سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية الامام السندي. الناشر دار الكتاب العربي ببيروت.
٢٧ ـ النووي ـ يحيى بن زكريا (١٢٥٠هـ) شرح صحيح مسلم طبعة ثالثة دار الفكر بيروت ١٩٧٨.

ثالثاً: كتب اللغة

٢٨ ـ إبراهيم انيس وآخرون ـ المعجم الوسيط طبعة ثانية دار إحياء التراث العربي ببيروت.
٢٩ ـ ابن فارس ـ أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) ـ مجمل اللغة طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٤. تحقيق زهير عبد المحسن سلطان.
٣٠ ـ ابن فارس ـ أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) ـ معجم مقاييس اللغة العربية دار الفكر. تحقيق عبد السلام هارون.
٣١ ـ ابن منظور ـ محمد بن بكر بن منظور المصري (٧١١هـ) ـ لسان العرب المحيط دار لسان العرب ببيروت اعداد وتصنيف يوسف خياط.
٣٢ ـ الثعالبي ـ عبد الملك بن محمد بن اسماعيل (٤٣٠هـ) وقيل (٤٢٩هـ) ـ فقه اللغة وسر العربية. طبعة ثانية شركة الحلبي بمصر ١٩٥٤م.
٣٣ ـ الرازي ـ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (٦٦٦هـ) ـ مختار الصحاح طبعة أولى دار

مكتبة الهلال بيروت ١٩٨٣.

٣٤ ـ الفيروز آبادي ـ محمد بن يعقوب (٨١٧هـ) ـ القاموس المحيط ـ طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٦.

٣٥ ـ محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي (٧٠٩هـ) ـ المطلع على أبواب المقنع. طبعة أولى المكتب الإسلامي للطباعة والنشر دمشق ١٩٦٥.

٣٦ ـ محمد بن أحمد بن بطال الركبي (٣٦٠هـ) ـ النظم المستعذب في شرح غريب المهذب مطبوع بذيل المهذب للشيرازي.

٣٧ ـ محمد العدناني ـ معجم الاخطاء الشائعة ـ طبعة ثانية مكتبة لبنان ١٩٨٣.

رابعاً: كتب أصول الفقه

٣٨ ـ الآمدي ـ علي بن محمد (٦٣١هـ) ـ الأحكام في أصول الأحكام طبعة أولى دار الفكر ١٩٨١.

٣٩ ـ الاسنوي ـ جمال الدين بن عبد الرحيم (٧٧٢هـ) ـ نهاية السول شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي ـ مطبعة محمد علي صبح بمصر.

٤٠ ـ ابن تيمية ـ احمد بن تيمية الحراني الحنبلي (٧٢٨هـ) ـ رفع الملام عن الأئمة الاعلام طبعة خامسة مؤسسة مكه للطباعة والإعلام مكة المكرمة ١٣٩٦هـ.

٤١ ـ ابن حزم ـ علي بن أحمد بن سعيد (٤٥٦هـ) الأحكام في أصول الأحكام طبعة أولى دار الآفاق الجديدة ـ بيروت ١٩٨٠.

٤٢ ـ ابن حزم ـ علي بن أحمد بن سعيد (٤٥٦هـ) ـ مراتب الاجماع دار الكتب العلمية بيروت.

٤٣ ـ أبو حامد العزالي ـ محمد بن محمد (٥٠٥هـ) ـ المستصفى من علم الأصول دار صادر ـ بيروت.

٤٤ ـ البدخشي ـ محمد بن الحسن ـ منهاج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول للقاضي البيضاوي ـ مطبعة محمد علي صبح بمصر.

٤٥ ـ التفتازاني ـ سعد الدين بن مسعود بن عمر الشافعي (٧٩٢هـ) ـ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المجبوبي البخاري الحنفي (٧٤٧هـ) ـ دار الكتب العلمية بيروت.

٤٦ ـ السبكي ـ علي بن عبد الكافي (٧٥٦هـ) وولده عبد الوهاب (٧٧١هـ) ـ الابهاج على المنهاج، وهو شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي (٦٨٥هـ) طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٤.

٤٧ ـ السيوطي ـ عبد الرحمن بن أبي بكر (٩١١هـ) ـ الرد على من اخلد إلى الأرض وجهل ان الاجتهاد في كل عصر فرض. المطبعة الثعالبية بالجزائر ١٩٠٧.

٤٨ ـ الشاطبي ـ إبراهيم بن موسى (٧٩٠هـ) ـ الموافقات ـ دار المعرفة بيروت وعليه شرح الشيخ عبد الله دراز.

٤٩ ـ الشافعي ـ محمد بن إدريس (٢٠٤هـ) ـ الرسالة ـ طبعة أولى ١٩٦٩ تحقيق محمد سعيد كيلاني.

٥٠ - الشوكاني - محمد بن علي بن محمد (١٢٥٠هـ) - ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - دار المعرفة بيروت ١٩٧٩.
٥١ - عدنان محمد جمعة - رفع الحرج في الشريعة الإسلامية طبعة أولى دار الإمام البخاري ١٩٧٩.
٥٢ - محب الدين بن عبد الشكور - مسلم الثبوب مع شرح فواتح الرحموت لابن نظام الدين في ذيل المستصفى للغزالي دار صادر بيروت.
٥٣ - محمد أمين المعروف بأمير باد شاه الحنفي - تيسير التحرير وهو شرح كتاب التحرير في أصول الفقه للكمال بن الهمام - دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٣.
٥٤ - محمد سعيد رمضان البوطي - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - طبعة رابعة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٢.
٥٥ - محمد فتحي الدريني - المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي - طبعة ثانية الشركة المتحدة للتوزيع دمشق ١٩٨٥.

خامساً: كتب الفقه الحنفي

٥٦ - ابن الشحنة - إبراهيم بن محمد الحلبي ٨٨٢هـ - لسان الحكام في معرفة الأحكام مطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية ١٢٩٩هـ.
٥٧ - ابن نجيم - زين الدين الحنفي (٩٧٠هـ) - الاشباه والنظائر. مؤسسة الحلبي وشركاه بالقاهرة ١٩٦٨.
٥٨ - ابن نجيم - زين الدين الحنفي (٩٧٠هـ) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لعبد الله بن أحمد النسفي (٧١٠هـ). طبعة أولى بالمطبعة العلمية.
٥٩ - ابن عابدين - محمد أمين بن عمر افندي عابدين (١٢٥٤هـ) - رد المحتار على الدر المختار وهو حاشية على كتاب الدر المختار للحصكفي (١٠٨٨هـ) الذي هو شرح لكتاب تنوير الأبصار للتمرتاشي (١٠٠٤هـ). دار احياء التراث العربي بيروت.
٦٠ - ابن عابدين - محمد أمين بن عمر عابدين (١٢٥٢هـ) - منحة الخالق على البحر الرائق. مطبوع بهامش البحر الرائق لابن نجيم - المرجع رقم ٥٨.
٦١ - ابن الهمام - كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد (٨٦١هـ) - شرح فتح القدير وهو شرح لكتاب الهداية للمرغيناني (٥٩٣هـ) دار احياء التراث العربي بيروت.
٦٢ - ابن قاضي سماوه - محمود بن اسرائيل الرومي (٨٢٨هـ) - جامع الفصوليين طبعة أولى بالمطبعة الأزهرية ١٣٠٠هـ.
٦٣ - البابرتي - محمد بن محمود (٧٨٦هـ) - شرح العناية على الهداية مطبوع بهامش فتح القدير المرجع رقم ٦١.
٦٤ - جلال الدين الخوارزمي الكرلاني - الكفاية على الهداية شرح بداية المبتدي - مطبوع بذيل فتح القدير المرجع رقم ٦١.
٦٥ - حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني - فتاوي قاضي خان. مطبوع بذيل الفتاوى الهندية.
٦٦ - الزيلعي - عثمان بن علي (٧٤٣هـ) - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. طبعة ثانية دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.

٦٧ ـ سعدي جلبي ـ سعد الله بن عيسى بن أمير خان الرومي المفتي (٩٤٥هـ) ـ حاشية سعدي جلبي على العناية شرح الهداية للبابرتي مطبوع بذيل فتح القدير.
٦٨ ـ السُّغدي ـ علي بن الحسين بن محمد (٤٦١هـ) ـ النتف في الفتاوى ـ طبعة ثانية دار الفرقان عمان ١٩٨٤ تحقيق صلاح الدين الناهي.
٦٩ ـ السمناني ـ علي بن محمد بن أحمد (٤٩٩هـ) ـ روضة القضاة وطريق النجاة نشر دار الفرقان/ عمان وطباعة مؤسسة الرسالة بيروت ـ تحقيق صلاح الدين الناهي.
٧٠ ـ السرخسي ـ محمد بن أحمد ابو بكر (٤٩٠هـ) وقيل في حدود (٥٠٠هـ) ـ المبسوط دار الدعوة استانبول ١٩٨٢ وهو مختصر للكافي الذي هو شرح لكتب محمد بن الحسن الشيباني.
٧١ ـ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ـ الاختيار لتعليل المختار ـ طبعة ثالثة دار المعرفة بيروت ١٩٧٥.
٧٢ ـ علاء الدين بن علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤هـ) ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. المطبعة الميمنية بمصر ١٣٠٦هـ.
٧٣ ـ قدري أفندي ـ عبد القادر بن يوسف ـ واقعات المفتين ـ طبعة أولى المطبعة الميرية بمصر ١٣٠٠هـ.
٧٤ ـ الكاساني ـ علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٥٨٧هـ) ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ طبعة ثانية دار الكتاب العربي ـ بيروت ١٩٨٢.
٧٥ ـ محمد زيد الابياني ـ شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ـ مكتبة النهضة بغداد.
٧٦ ـ محمد العبادي اليمني (٨٠٠هـ) ـ الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية بالقاهرة ١٣٢٢هـ.
٧٧ ـ محمد مرتضى الحسيني (١٠٢٥هـ) ـ عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة. طبعةأولى المطبعة الوطنية بالاسكندرية ١٢٩٢هـ.
٧٨ ـ المرغيناني ـ علي بن عبد الجليل (٥٩٣هـ) ـ الهداية شرح بداية المبتدي مطبوع بهامش فتح القدير.
٧٩ ـ نجم الدين إبراهيم الطرسوسي (٧٥٨هـ) ـ انفع الوسائل إلى تحرير المسائل المشهور بالفتاوى الطرسوسية ـ مطبعة الشرق بالقاهرة ١٩٢٦.
٨٠ ـ نجم الدين بن خير الدين الرملي ـ اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية. مطبوع بهامش جامع الفصولين. وهو تقريرات وحواشي لخير الدين الرملي (١٠٨١هـ) جمعها ولده نجم الدين.
٨١ ـ نظام ومجموعة من علماء الهند ـ الفتاوى الهندية وتسمى الفتاوى العالمكيرية جمعها عدد من علماء الهند ١٠٧٠ هـ في المذهب الحنفي ـ طبعة رابعة ـ دار احياء التراث العربي، بيروت.
٨٢ ـ لجنة من علماء الحنفية ـ كتاب النفقات الشرعية طبعة أولى ١٩٣٧ ترجمة رأفت الدجاني.

سادساً: كتب الفقه المالكي:

٨٣ - ابن جزي - محمد بن أحمد الغرناطي المالكي (٧٤١هـ) - القوانين الفقهية (قوانين الأحكام الشرعية) طبعة أولى عالم الفكر ١٩٧٥.

٨٤ - ابن رشد - محمد بن أحمد القرطبي الحفيد (٥٩٥هـ) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد طبعة رابعة دار المعرفة بيروت ١٩٧٨.

٨٥ - ابن فرحون - إبراهيم بن علي بن محمد المدني (٧٩٩هـ) - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - طبعة أولى بالمطابع العامرية بمصر دار الكتب العلمية بيروت ١٣٠١هـ.

٨٦ - ابن سلمون الكتاني - العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام مطبوع بهامش تبصرة الحكام.

٨٧ - ابن عبد البر النمري القرطبي - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي طبعة ثالثة مكتبةالرياض الحديثة ١٩٨٠.

٨٨ - أحمد بن محمد الدردير (١٢٠١هـ) - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك - دار المعارف بمصر ١٩٧٤.

٨٩ - احمد بن محمد الصاوي المالكي - حاشية الصاوي على الشرح الصغير. مطبوع بهامش الشرح الصغير للدردير.

٩٠ - الحطاب - محمد بن محمد المغربي (٩٥٤هـ) - مذاهب الجليل بشرح مختصر خليل طبعة ثانية دار الفكر ١٩٧٨.

٩١ - الخرشي - محمد الخرشي المالكي (١١٠١هـ) - شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل. دار صادر بيروت.

٩٢ - صالح بن عبد السميع الأزهري - جواهر الاكليل شرح مختصر خليل دار المعرفة بيروت.

٩٣ - علي بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي - حاشية العدوي على شرح الخرشي مطبوع بهامش شرح الخرشي.

٩٤ - القرافي - أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي (٨٦٤هـ) - انوار البروق في أنواء الفروق عالم الكتب بيروت.

٩٥ - مالك بن انس (١٧٩هـ) - المدونة الكبرى دار صادر بيروت.

سابعاً: كتب الفقه الشافعي:

٩٦ - أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي - كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار طبعة ثانية ١٩٣٧.

٩٧ - أبو الحسن الماوردي (٤٥٠هـ) - الأحكام السلطانية والولايات الدينية. طبعة ثانية.

٩٨ - أبو الحسن الماوردي (٤٥٠هـ) - قوانين الوزارة طبعة ثانية مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية ١٩٧٨.

٩٩ - أحمد عيسى عاشور الفقه الميسر على مذهب الامام الشافعي دار الفكر للطباعة والنشر بيروت. قسم العبادات.

١٠٠ ـ أحمد بن لؤلؤ المشهور بابن النقيب المصري ـ عمدة السالك وعدة الناسك ـ الطبعة الأخيرة مطبعة الحلبي بمصر ١٩٣٩.

١٠١ ـ باعلوي ـ عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر ـ بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين دار المعرفة بيروت.

١٠٢ ـ زين الملة الشافعي ـ شرح روض الطالب. المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

١٠٣ ـ السيوطي ـ عبد الرحمن بن أبي بكر (٩١١هـ) ـ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٧٩.

١٠٤ ـ السيد البكري ـ اغاثة الطالبين. مطبعة دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي وشركاه بمصر.

١٠٥ ـ الشافعي ـ محمد بن ادريس (٢٠٤هـ) ـ الام طبعة ثانية دار المعرفة ١٩٧٣.

١٠٦ ـ الشيرازي ـ إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي (٤٧٦هـ) ـ المهذب في فقه الامام الشافعي دار الفكر بيروت ـ شركة مكتبة أحمد بن نبهان اندونيسيا.

١٠٧ ـ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام طبعة دار الشرق بالقاهرة ١٩٦٨.

١٠٨ ـ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب (٩٧٧هـ) ـ الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع دار المعرفة بيروت.

١٠٩ ـ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب (٩٧٧هـ) ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج. طبعة ١٩٥٨ وهو شرح متن المنهاج لابي زكريا النووي.

١١٠ ـ النووي ـ محي الدين بن شرف الدين (٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي للطباعةوالنشر دمشق.

١١١ ـ النووي ـ محي الدين بن شرف الدين (٦٧٦هـ) المجموع شرح المهذب دار الفكر

ثامناً: كتب الفقه الحنبلي

١١٢ ـ ابن تيمية ـ أحمد بن تيمية الحرّاني الحنبلي (٧٢٨هـ) ـ السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية مطبعة الجهاد بمصر ١٩٦١ تعليق محمد عبد الله السمان.

١١٣ ـ ابن تيمية ـ أحمد بن تيمية الحرّاني الحنبلي (٧٢٨هـ) ـ مجموع فتاوى شيخ الإسلام جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم العاصمي طبع باشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

١١٤ ـ ابن رجب ـ عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي ومن علماء القرن الثامن الهجري ـ جامع العلوم والحكم، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.

١١٥ ـ ابن قدامة ـ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠) ـ المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني مكتبة الرياض الحديثة ١٩٨٠.

١١٦ ـ ابن قدامة ـ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) ـ المغني، طبعة أولى بمطابع سجل العرب الناشر مكتبة القاهرة ١٩٦٩.

١١٧ ـ ابن قيم الجوزية ـ محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (٧٥١هـ) ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين دار الجيل بيروت ١٩٧٣.

١١٨ - ابن قيم الجوزية - محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (٧٥١هـ) - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - دار الكتب العلمية بيروت تحقيق محمد حامد الفقي.
١١٩ - ابن مفلح - إبراهيم بن محمد الحنبلي (٨٨٤هـ) - المبدع في شرح المقنع طبعة أولى المكتب الإسلامي ١٩٧٧.
١٢٠ - أبو يعلى الفراء - محمد بن الحسن (٤٥٨هـ) - الأحكام السلطانية طبعة ثانية مطبعة الحلبي بمصر ١٩٦٦.
١٢١ - الخرقي - عمر بن الحسين - مختصر الخرقي على مذهب الإمام احمد بن حنبل. طبعة أولى منشورات مؤسسة دار السلام بدمشق ١٣٧٨هـ.
١٢٢ - المرداوي - علي بن سليمان (٨٥٥هـ) - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل طبعة ثانية دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٨٠.

تاسعاً: كتب فقه المذاهب غير الأربعة

١٢٣ - ابن حزم - علي بن أحمد بن سعيد الاندلسي (٤٥٦هـ) - المحلّى دار الفكر.
١٢٤ - ابن طفيش - محمد بن يوسف (١٣٣٢هـ) - شرح النيل طبعة ثانية دار الفتح بيروت ١٩٧٢.
١٢٥ - جعفر بن الحسن الملقب بالمحقق الحلي (٦٧٦هـ) - شرائع الإسلام دار الحياة بيروت اشراف محمد جواد مغنيه.
١٢٦ - صدّيق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي - الروضة الندية شرح الدرر البهية للشوكاني. دار المعرفة بيروت.
١٢٧ - الشوكاني - محمد بن علي (١٢٥٠هـ) - السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٥.
١٢٨ - محمد بن يحيى بن المطهر - احكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية. طبعة ثانية دار الفكر صنعاء ١٩٨٩. وهو كتاب حديث في الفقه الزيدي مقارناً بالمذاهب الأخرى ومؤلفة عضو محكمة النقض العليا باليمن.

عاشراً: كتب المصطلحات والمعاجم

١٢٩ - أ. ي. فنسنك - مفتاح كنوز السنة. دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٨٣ نقله إلى العربية محمد فؤاد عبد الباقي.
١٣٠ - أ. ي. فنسنك - المعجم المفهرس لالفاظ الحديث الشريف. مطبعة بريل في لندن ١٩٦٩.
١٣١ - ابن النديم - محمد بن اسحق (٣٨٥هـ) - الفهرست دار المعرفة بيروت ١٩٧٨.
١٣٢ - الجرجاني - علي بن محمد (٨٠٦هـ) - التعريفات طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٣.
١٣٣ - عبد الصبور شاهين - مفصل آيات القرآن. ترتيب معجمي. مطابع روز اليوسف الجديدة ١٩٩١. فكرة نوح أحمد محمد - اليمن.

١٣٤ ـ محمد فؤاد عبد الباقي ـ المعجم المفهرس لالفاظ القرآن الكريم دار احياء التراث العربي بيروت.

حادي عشر: كتب عامة وحديثة في الشريعة الإسلامية

١٣٥ ـ أحمد الفاضلي ـ محاضرات في نظم الحكم في الإسلام. جامعة الأزهر ١٩٧٤ دوسية لكلية الشريعة والقانون.
١٣٦ ـ بدران أبو العينين بدران ـ الفقه المقارن للاحوال الشخصية دار النهضة العربية بيروت.
١٣٧ ـ حسن خالد وعدنان نجا ـ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعةثانية دار الفكر بيروت ١٩٧٢.
١٣٨ ـ حسنين محمد مخلوف ـ فتاوى شرعية وبحوث إسلامية طبعة ثانية مطبعة المدني بمصر ١٩٧١.
١٣٩ ـ رزق محمد الزلباني ـ مذكرة في مادة السياسة الشرعية لطلبة قسم اجازة القضاء الشرعي بالجامع الازهر مطبعة الشرق الإسلامية.
١٤٠ ـ زياد صبحي علي ذياب ـ متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي. دار الينابيع للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٢.
١٤١ ـ سيد سابق ـ فقه السنة الناشر دار الكتاب العربي بيروت ٣ مجلدات.
١٤٢ ـ عبد الرحمن الصابوني ـ مدى حرية الزوجين في الطلاق طبعة ثالثة دار الفكر ١٩٨٣.
١٤٣ ـ عبد العزيز عامر ـ الأحوال الشخصية فقهاً وقضاء (الزواج) طبعة أولى دار الفكر العربي ١٩٨٤.
١٤٤ ـ عبد الفتاح عمرو ـ التفريق لعدم الانفاق في الفقه الإسلامي رسالة ماجستير الجامعة الأردنية عام ١٩٨٤.
١٤٥ ـ عبد الوهاب خلاف ـ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية طبعة أولى ١٩٣٦.
١٤٦ ـ عبد الوهاب خلاف ـ السياسة الشرعية طبعة ثالثة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٧.
١٤٧ ـ عبد الوهاب النجار ـ قصص الأنبياء طبعة ثالثة دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٤٨ ـ غالب عبد الكافي القرشي ـ أوليات الفاروق السياسية طبعة أولى دار الوفاء بالمنصورة ١٩٩٠.
١٤٩ ـ محمد أبو زهرة ـ مالك، حياته، وعصره، وآراؤه وفقهه دار الفكر العربي.
١٥٠ ـ محمد البنا ـ مذكرات في السياسة الشرعية لتخصص القضاء الشرعي بكلية الشريعة الإسلامية مطبعة الشرق ١٩٤٢.
١٥١ ـ محمد الخضري بك ـ تاريخ التشريع الإسلامي طبعة سابعة دار الفكر ١٩٨١.
١٥٢ ـ محمد رشيد رضا ـ فتاوى الامام محمد رشيد رضا طبعة أولى دار الكتاب الجديد بيروت ١٩٧٠ تحقيق صلاح المنجد.
١٥٣ ـ محمد فتحي الدريني ـ نظرية التعسف في استعمال الحق طبعة رابعة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٨.

١٥٤ ـ محمد فتحي الدريني ـ النظريات الفقهية طبعة ثانية مطبعة جامعة دمشق ١٩٨٩.
١٥٥ ـ محمد فتحي الدريني ـ الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب طبعة ثالثة منشورات جامعة دمشق ١٩٩١.
١٥٦ ـ محمد فتحي الدريني ـ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٢.
١٥٧ ـ محمد فتحي الدريني ـ الجمود الفقهي والتعصب المذهبي ـ محاضرة القيت في ندوة الشاطبي، الجزائر ١٩٩١.
١٥٨ ـ محمد كمال الجرف ـ النظام المالي الإسلامي المقارن جامعة الأزهر ١٩٧٥.
١٥٩ ـ محمد محي الدين عبد الحميد ـ المواريث: الشريعة الإسلامية طبعة أولى الناشر دار الكتاب العربي ١٩٨٤.
١٦٠ ـ محمد مصطفى شلبي ـ أحكام الأسرة في الإسلام طبعة ثانية دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٧.
١٦١ ـ محمد نسيب البيطار ـ الفريدة في حساب الفريضة مطابع الجمعية العلمية الملكية ١٩٧٧.
١٦٢ ـ محمد نعيم ياسين ـ نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية من منشورات وزارة الأوقاف الأردنية.
١٦٣ ـ محمود حلمي ـ نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة طبعة ثانية دار الفكر العربي ١٩٧٥.
١٦٤ ـ محمود شلتوت ومحمد علي السايس ـ مقارنة المذاهب في الفقه مطبعة محمد علي صبح بمصر ١٩٥٣.
١٦٥ ـ محمود مهدي الاستانبولي ـ تحفة العروس طبعة سادسة المكتبة الإسلامية ١٩٨٤.
١٦٦ ـ مصطفى أحمد الزرقاء ـ المدخل الفقهي العام مطبعة الحياة دمشق ١٩٦٤.
١٦٧ ـ الموسوعة الفقهية(التعزير) ـ وزارة الأوقاف الكويتية طبعة تمهيدية.
١٦٨ ـ وهبة الزحيلي ـ الفقه الإسلامي وأدلته طبعة ثانية دار الفكر ١٩٨٩.
١٦٩ ـ ياسين أحمد درادكة ـ الميراث في الشريعة الإسلامية طبعة أولى دار الأرقم عمان ١٩٨٠.

ثاني عشر: كتب القانون

١٧٠ ـ أنور العمروسي ـ أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية طبعة ثالثة.
١٧١ ـ راتب عطا الله الظاهر ـ مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية مطابع الدستور التجارية عمان ١٩٨٩.
١٧٢ ـ سليم رستم باز ـ شرح المجلة طبعة ثالثة دار احياء التراث العربي بيروت.
١٧٣ ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني المصري نظرية الالتزام بوجه عام، دار احياء التراث العربي بيروت مجلد ١.
١٧٤ ـ عبد الفتاح عايش عمرو ـ القرارات القضائية في الأحوال الشخصية طبعة أولى دار يمان عمان ١٩٩٠.
١٧٥ ـ عبد الفتاح عايش عمرو ـ القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعية طبعة أولى

دار يمان، عمان ١٩٩٠.
١٧٦ - علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام مكتبة النهضة بيروت - بغداد تعريب المحامي فهمي الحسيني.
١٧٧ - علي قراعة - الأصول القضائية في المرافعات الشرعية طبعة ثانية ١٩٢٥.
١٧٨ - قانون حقوق العائلة الأردني رقم ٩٢ لسنة ١٩٥١ نشر في الجريدة الرسمية العدد رقم (١٠٨١) بتاريخ ١٦/٨/١٩٥١.
١٧٩ - محمد سليم محمد غزوي - الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية طبعة أولى ١٩٨٥.
١٨٠ - محمد كامل مرسي وسيد مصطفى - أصول القوانين طبعة المطبعة الرحمانية بمصر ١٩٢٣.
١٨١ - المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الأردني. مذكرة من ثماني صفحات محفوظة في مكتبة دائرة قاضي القضاة بعمان.
١٨٢ - مصطفى السباعي - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري طبعة سادسة مطابع دار الفكر بدمشق ١٩٦٣.

ثالث عشر: كتب السير والتاريخ والتراجم

١٨٣ - ابن الجوزي - عبد الرحمن بن علي - مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب دار الكتب العلمية بيروت.
١٨٤ - ابن حجر - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٢٥هـ) تهذيب التهذيب طبعة أولى دار المعارف بالهند ١٣٢٥هـ دار صادر بيروت.
١٨٥ - ابن خلدون - عبد الرحمن (٨٠٨هـ) - مقدمة ابن خلدون طبعة رابعة ١٩٧٨.
١٨٦ - ابن العربي - أبو بكر. العواصم من القواصم في تحقيق مواقف الصحابة بعد وفاة النبي ﷺ. دار المعرفة تحقيق محب الدين الخطيب.
١٨٧ - ابن قتيبة - عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (٢٧٦هـ) - عيون الاخبار الناشر دار الكتاب العربي بيروت طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب المصرية ١٩٢٥.
١٨٨ - ابن قيم الجوزية - محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي (٧٥١هـ) - زاد المعاد في هدي خير العباد شركة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٧٠.
١٨٩ - حسن إبراهيم حسن - تاريخ الإسلام السياسي طبعة سابعة مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٥.
١٩٠ - الخطيب الاسكافي - محمد بن عبد الله (٤٢١هـ) - لطف التدبير طبعة ثانية دار الكتب العلمية بيروت ١٩٧٦.
١٩١ - خير الدين بن محمود بن محمد بن علي الزركلي الدمشقي - الأعلام (قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء في العالم) طبعة ثانية ١٩٥٩.
١٩٢ - الذهبي - محمد بن أحمد بن عثمان (٧٤٨هـ) - ميزان الاعتدال في نقد الرجال دار الفكر العربي.
١٩٣ - الذهبي - محمد بن أحمد بن عثمان (٧٤٨هـ) - تهذيب سير أعلام النبلاء طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩١.

١٩٤ ـ السيوطي ـ عبد الرحمن بن أبي بكر ـ كفاية الطالب اللبيب في خصائص الحبيب المعروف بالخصائص الكبرى دار الكتب العلمية بيروت.
١٩٥ ـ الشهرستاني ـ محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد (٥٤٨هـ) ـ الملل والنحل مكتبة الحلبي بمصر ١٩٦٧ تحقيق محمد سيد كيلاني.
١٩٦ ـ الطبري ـ محمد بن جرير ـ تاريخ الرسل والملوك المعروف بتاريخ الطبري مطابع دار المعارف بمصر. ج ٦.
١٩٧ ـ محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي ـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية دار المعرفة بيروت.
١٩٨ ـ المقريزي ـ أحمد بن علي (٨٤٥هـ) ـ المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار المعروف بالخطط المقريزية دار صادر بيروت ج٢ ص ٢٢٠.
١٩٩ ـ وكيع ـ محمد بن خلف بن حيان (٣٠٦هـ) ـ أخبار القضاة. عالم الكتب بيروت.
٢٠٠ ـ يوسف المزي ـ تهذيب الكمال في اسماء الرجال طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٨ تحقيق د. بشار عواد معروف.

رابع عشر: كتب الفقه العام وموضوعات أخرى

٢٠١ ـ أبو عبيد ـ القاسم بن سلام (٢٢٤هـ) الاموال طبعة أولى الكليات الأزهرية ١٩٦٨ تحقيق محمد خليل هراس.
٢٠٢ ـ أبو حامد الغزالي ـ محمد بن محمد (٥٠٥هـ) ـ الاقتصاد في الاعتقاد طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٣.
٢٠٣ ـ زياد درويش ـ الطب الشرعي ـ مطبعة جامعة دمشق ١٩٧٧.
٢٠٤ ـ الشاطبي ـ إبراهيم بن موسى (٧٩٠هـ) ـ الاعتصام دار المعرفة بيروت ١٩٨٢.
٢٠٥ ـ صبحي الصالح ـ النظم الإسلامية نشأتها وتطورها طبعة ثامنة دار العلم للملايين بيروت ١٩٩٠.
٢٠٦ ـ الطبري ـ محمد بن جرير (٣١٠هـ) ـ اختلاف الفقهاء طبعة ثانية دار الكتب العلمية بيروت.
٢٠٧ ـ عبد الحي الكتاني ـ نظام الحكومة النبوية (المسمى التراتيب الإدارية) دار إحياء التراث العربي بيروت.

الفهرس

الفصل الأول
الزواج

الفصل الثاني

آثار الزواج

الفصل الثالث
في الطلاق والعِدَّة

الفصل الرابع
في التفريق

الفصل الخامس

في المواريث

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية (١٣٤٣/٩/١٩٩٧)
رقم التصنيف: ٢٦٥ المؤلف ومن هو في حكمه : عبدالفتاح عايش عمرو عنوان الكتاب : تطبيقات السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية الموضوع الرئيسي : ١- الديانات ٢- الاسلام - الاحوال الشخصية بيانات النشر : عمان / دار النفائس




دار النفائس
هاتف ٦٩٣٩٤٠ - فاكس ٦٩٣٩٤١
ص.ب ٢١١٥١١ عمان ١١١٢١ - الأردن